SAMUELIS DE COCCEJI, HENR. FIL.

SACRÆ REGIÆ MAJESTATIS BORUSSICÆ MAGNI CANCELLARII, A CONSILIIS SANCTIORIBUS STATUS ET REI BELLICÆ, ORDINIS NIGRÆ AQUILÆ EQUITIS ETC.

JUS CIVILE CONTROVERSUM,

UBI

ILLUSTRIORES JURIS CONTROVERSIÆ

BREVITER ET SUCCINCTE DECIDUNTUR, DIFFICILIORES MATERIÆ EXPLICANTUR, OBJECTIONES SOLIDE SOLVUNTUR, ET LEGUM DISSENSUS NOVA SÆPE RATIONE, UBI HACTENUS SATISFACTUM NON VIDETUR, CONCILIANTUR.

OPUS

AD

ILLUSTRATIONEM COMPENDII LAUTERBACHIANI,

CUJUS SERIEM QUOQUE SEQUITUR, COMPOSITUM.

EDITIO QUARTA MULTIS QUÆSTIONIBUS AUCTA.

FRANCOFURTI ET LIPSIÆ,

SUMTIBUS SOCIETATIS. MDCCLXXIX.

Praefatio primae editioni praemiſſa.

Prodit tandem B. L. opus hoc, decem abhinc annis, adeoque a juvene admodum, inchoatum, jam vero demum abſolutum. Moram injecit muneris publici mutatio, domiciliique adeo Francofurto, ubi opus cœptum eſt, migrandi neceſſitas. Cum enim ante quinquennium demandatam Divinæ Providentiæ fato, & Clementiſſimo Sac. Reg. Maj. Bor. juſſu atque indultu, provinciam ſuſciperem, cum ea a priſtina vitæ conſuetudine non minus quam loco, demigrandum mihi fuit. In id hæc mora profuit, quod hinc inde poſteriores cogitationes libello adſpergere licuerit: quanquam pro temporis penuria tam parce, ut in plerisque accuratiore lima opus eſſe haut diffitear; quam inpoſterum adhuc, ſi DEUS vitam, valetudinem, otium, largiturus eſt, pro virili addere animus eſt. Admodum autem doleo, tot mendas erroresque typographicos irrepſiſſe, qui mentem & ſenſum ſæpius diſtrahunt, nonnunquam etiam implicant: quibus omnibus, ob continuam a loco abſentiam, mederi haud licuit. Cæterum id operam maxime dedi, ut quam planiſſime controverſias juris compendio evolverem

)(2 ac

ac deciderem, & quæ adverſari videntur, legumque adeo diſ-
ſenſus, & inprimis, quarum conciliationes vulgatæ JCtis ac-
curatioribus merito non probantur, nec ſufficere viſæ ſunt, ex
ſententia & rationibus Domini Parentis ſolide componerem ac
ſolverem. Neque tanti mihi fuit Interpp. auctoritas quam le-
gum, qua in re cum doctiſſimis Viris facio, qui fruſtra la-
borari contendunt circa Doctorum opiniones, cum ex ju-
rium fontibus res explanari poteſt: niſi illæ jam in forum cer-
to probatoque uſu receptæ ſint, neque adeo jus incertum re-
linquant. Quibus rebus id effectum ſpero, ut hæc tractatio
in inſigne illud Compendium Lauterbachianum Commentarii lo-
co quoque eſſe poſſit. Quod ſi vero alicubi a viribus deſtitu-
tus aut opinione deceptus Tibi videar, veniam a mea ætate,
& Tua, L. B. humanitate mihi polliceor. Vale. Dabam e Mu-
ſæo die 1. Junii Anno 1710.

Prae-

Praefatio editionis ſecundae.

Altera nunc vice lucem aſpicit Per-Illuſtris SAMUELIS DE COCCEJI Jus Civile Controverſum; Quam avide hoc tam præclarum opus ab omnibus ſolidioris jurisprudentiæ cultoribus fuerit exceptum, & quantopere jam poſt omnium exemplarium diſtractionem deſideretur, verbis meis non opus, cum ob id ſolum ingenti commendatione ac ſingulorum applauſu dignum, quod Illuſtre Coccejanum nomen, jure quaſi ſuo idem poſtulans, præ ſe ferre valeat.

Nova ergo mihi efflagitanda editio, quam equidem, propter tot & tanta graviſſima negotia, quibus ſe circumſeptum imo obrutum cernit Per-Illuſtris Auctor, jam multis acceſſionibus locupletiorem vix ſperaram: Aſt tantum tamen ſubciſivi temporis arduis ſuis functionibus ſubtraxit, ut noluerit eam non aliquo modo comtiorem neque ſine augmento remittere, ſed curæ hæ Per-Illuſtris Auctoris ſecundæ nunc reſecarunt varia, nunc adjecerunt longe plura, quoad diverſas nimirum easque ſelectiſſimas Juris quæſtiones ac deciſiones,

quas in ipſis rerum obtinere argumentis frequens fori uſus edocuit. Ego interim ad illud inſuper omnem extendi curam, ne liber ad majorem juſto molem excreſceret, hinc literarum formas, quantum fieri licuit, contraximus & coarctavimus magis magisque, ita ut exterior operis forma eadem adpareat cum priore, interior vero nihilominus longe prodeat auctior & emendatior. Tu proinde Lector benevole utere hiſce, & conatibus meis porro fave. Dabam Francofurti cis Viadrum. Die VI. Non. Martii MDCCXL.

Jus

JUS CONTROVERSUM
AD
LAUTERBACHII
PRÆFATIONEM.

Qv. I. *Quando α) Jus Romanum in Germania introductum sit? & β) An obtineat in Germania tanquam jus scriptum?*

RESP. ad α) De tempore quo Jus Romanum in Germania introductum est, parum conveniunt Autores:

Laut. p. 1. verb. in Germania.

Alii a temporibus Caroli Magni ejus juris in Germania observationem deducunt, qui cum Imperio etiam jus Romanum Germaniæ intulisse videtur.

Alii ex Seculo 12mo & a temporibus Lotharii Saxonis id repetunt: idque probant ex *Sigon. de Regn. Ital. lib. 11. p. 272.* rejecti a *Conring. de Orig. Jur. Germ. c. 24.*

Alii constitutionibus Fridericorum, *de Pace tenenda*, & *de Pace Constantiensi* id tribuunt, quæ exstant in *2. f. 53. & V. feud. 21.* utpote ubi provocatur ad Leges Imperii. *vid. Paurmeist. de Jurisd. lib. 2. c. 6. n. 152.*

Alii Maximilianum I. hujus rei autorem laudant. *Lehm. Chron. Spir. l. 4. c. 21. Laut. Comp. in praef. & Dd. Commun.*

Equidem de Carolo Magno nec Eginhardus nec alii quicquam ejus rei tradidere. Neque ulla ratione victor populus Germanus subjectus est legibus Italiæ: Satisque constat, Germanos proprio jure, præsertim Francico & Sa-

xonico uſos, atque ex gemini hujus juris finibus totam Germaniam diviſam fuiſſe. *Vid. Dn. Par. J. publ. c. 23. §. 6.* Quin diploma, quo Carolus Magnus ſingularum Provinciarum leges confirmavit, exhibet *Lehm. Chron. Spir. L. 2. c. 39. p. m. 150.* Accedit quod ipſa Italia eo tempore jus Romanum non habuerit, utpote cum per 400. annos jugum & leges alienæ dominationis tulerit. *Vid. Dn. Parent. J. Publ. c. 6. §. 8. Sigon. de Regn. Ital. L. 4. an. 108.* & *L. 2. p. 39. n. 41.* Hinc jure Longobardico uſa eſt, adaucto poſtea Caroli legibus. *Sigon. L. 4. p. 90. n. 20. & 30. & p. 100. n. 20.* Et Jus Romanum in ipſa Italia ad Lotharium usque prope incognitum fuiſſe, ait *Sigon. d. tr. L. 7. p. 178. n. 49.* quanquam Pontifices in decidendis negotiis perpetuo principiis juris Civilis uſi ſint, quod ex Decreto Gratiani Monachi apparet, id enim publicatum eſt Lothario regnante, ejusque plurima capita deſumta ſunt ex jure Civili. Hucusque ergo fruſtra quæritur, quo jure valuerit in Germania, ubi vix valuit in ipſa Italia.

Cœpit iterum apud Italos juris Romani autoritas inventis ſub Lothario Pandectis Piſanis. Ille enim publice Jus Civile conſtitutis Bononiæ Profeſſoribus doceri juſſit. *Sigon. L. 11. p. 272. num. 30.* legemque ſanxit, *ut ex uno jure civili Romano poſthac judicia fierent. Sigon. L. 11. p. 272. n. 25.* (*Conf. 2. Feud. 1. in fin.* ibi *lege ſcripta*). Sane Irnerius, qui a JCtis Conſtantinopolitanis hoc jus didicerat, Romæ & Bononiæ jus Romanum tempore Lotharii publice docuit, & primus Gloſſemata textibus addidit, ac Authenticas textui inſeruit, quem poſterioribus temporibus magno auſu ſecuti ſunt Bartolus, Baldus, Salycetus &c. qui ſeculo inprimis 14to commentariis ſuis hanc diſciplinam illuſtrarunt.

In hoc temporis interſtitio jus illud in Germania tanquam ſcriptum obtinuiſſe probari non poteſt: Idque usque ad tempora Friderici Tertii indubium eſt: Sed nec huic tribui cauſam introducti juris Romani poſſe, vel ex eo apparet, quia allegatæ conſtitutiones nec ad Germanos pertinent, nec de jure Civili loquuntur: Et licet quoque Reformatio Friderici III. de anno 1442. (quæ exſtat apud *Gold. in ration. conſt. Imp. f. 205*) provocare videatur auf die Landläufftige Rechte, ex inſpectione ipſa apparet, eam loqui de juribus Germaniæ, & in ſpecie de Aurea Bulla.

Si conjecturari licet, jus Romanum, quod propter frequentes Cæſarum in Italiam expeditiones etiam apud Germanos innotuit, ob ſummam æquitatem & caſuum varietatem a judicibus Germaniæ ſæpius in ſubſidium adhibitum, & deficientibus patriæ legibus rationes decidendi exinde deſumtas fuiſſe: adeo ut tandem publica autoritate facultas jus Romanum docendi & publice de eo reſpondendi conceſſa ſit primum Academiæ Heidelbergenſi an 1386. *Vid B. Par. J. publ. c. 31. §. 3. & 5.* Mox, & quidem an. 1388. Colonienſi & an. 1392. Erphor-

Erphordensi Academiæ: quod exemplum reliquæ Germaniæ provinciæ postea secutæ sunt, ut proinde in omnibus fere Germaniæ partibus jus Civile doceretur, & juxta illud de jure responderetur, ac jura patria explicarentur & extenderentur: Quod eo facilius admisere Germaniæ provinciæ, quod jus hoc esset Imperii Romani, a prædecessoribus lati, adeoque quod jure quodam surrogationis ad Germanos transiisse videri poterat: Cæterum speciali lege introductum in Germania esse jus Romanum seculo decimo quarto & decimo quinto, probari non potest: Maximilianus demum in *Ord. Cameral. de anno 1500.* §. Ordnen daß Richter und Enckel 2c. *in fin.* in genere constituit, daß alle Richter hinfüro nach des Reichs geschriebenen Rechten urtheilen und richten sollen. Conf. *Ord. Not. de An. 1512. §. 3. tit. 1. §. 1. & 12.* Ordn. des Landfried. *de an. 1521. tit. 18. §. 2. & tit. 20.* ut proinde ex hoc demum tempore tanquam jus scriptum considerari possit.

Neque OBSTAT, Maximilianum I. jam antea ad jus Civile tanquam ad jus jam ante cognitum, scriptum, & observatum, provocasse, quin totum processum Cameræ ad normam juris Civilis instituisse: ita enim in *O. C. de an. 1495.* mentionem facit juramenti calumniæ §. 6. appellationum §. 8. citationum §. 7. Missionum in bona ex primo & secundo decreto §. 19. & interlocutoriarum mentio fit §. 20. addita ubique Clausula, Wie das in Kayserlichen Rechten geordnet ist: Sed & im Landfrieden de anno 500. tit. Welche um Friedbruchs willen 2c. ibi: Zusamt andern Pönen der gemeinen Reichs-Rechte, & *tit. fin.* ibi: Und soll dieser Fried und Gebot dem gemeinen Unsern und des Heil. Reichs Rechten nichts abbrechen, sondern das mehren:

RESP. Provocat tanquam ad jus Commune & scriptum Imperii Romani, quod propter æquitatem saltem receptum in Germania fuit; Si vero jam tunc tanquam jus scriptum obtinuisset, non opus habuisset in *O. C. de an. 1500.* statuendi, daß hinfüro alle Richter nach des Reichs (scilicet Imperii Romani) geschriebenen Rechten zu urtheilen.

Hodie indubium est leges Romanas pro jure scripto haberi: confirmatur id expresse de publicis imperii judiciis *Ord. Cam. p. 2. t. 3. & part. 3. t. 54. princ.* Apparet id quoque ex praxi singularum fere provinciarum totius Germaniæ, utpote in quibus jus Romanum plenissime receptum est. Ita in Marchia nostra, rejecto Jure Saxonico, Romanum introductum est. *Rec. prov. de An. 1534. &c. Dn. Petr. Schultz. Disp. de Confirm. c. 2. §. 9. Schepl. Consu. March. p. 1. tit. 2.* Ita Saxonia deficiente jure Saxonico in omnibus partibus utitur jure Romano *H. Pist. L. 2. q. 13. n. 36. Carpz. p. 2. const. 10. def. 13. & lib. 6. Resp. 70. Phil. Us. Pr. Inst. Lib. 1. Ecl. 45. n. 11. & Lib. 3. Ecl. 17. n. 4. & seq.* De Pomerania *vid Mev. p. 2. dec. 99.* de Austria *Finsterwald. L. 2. Obs. 112. n. 14.* Palatinatu, Westphalia, & aliis provinciis id in vulgus notum est.

Usus hujus quæstionis est (1) quod Jus Rom. tanquam jus scriptum in Ger-

Germania obtineat, & pro eo præſumatur, donec abrogatum probetur. *Stryk. ad Barb. L. 9. c. 135. ax. 4. Mev. p. 2. dec. 99.* cum e contrario & ſi tanquam jus conſuetudinarium obtineret, ab allegante probari deberet. *Carpz. P. 2. conſt. 3. def. 22. Mev. d. l.* (2) Si abrogatum dicitur, ſtrictiſſime mutatio ejus eſt intelligenda, ita ut non ultra, quam apparet illa abrogatio, extendenda ſit. *Finſterwald. L. 2. Obſ. 112. n. 15.* Hinc regulariter ad caſus alios, aliasque perſonas, vel alium locum extendi non debet. *Finſterw. ib. Conf. Gail. L. 1. Obſ. 124. n. 7. Dn. Stryk. U. M. Præfat. §. 24. 28. & ſeq.* Nam omnis receſſus a Jure Communi dicitur odioſus & ſtricti juris, *Knipſch. de Fideic. fam. c. 7. n. 48. ibique Dd.* (3) Ubi jus ſtatutarium deficit, incipit Jus Romanum, *Vinn. §. 9. J. N. G. & C. n. 6. in f.* atque ita in Saxonia, Marchia, aliisque locis obſervari in præcedentibus demonſtratum eſt. (4) Ex hoc jure, quippe communi & univerſali, declarantur ac reſtringuntur ſtatuta, *Lauterb. Præfat. ibique Dd.*

Qv. II. *An Status Imperii in ſuis terris poſſint derogare Juri Communi Romano?*

AFF. (1) quia hæc natura eſt Juris Communis, quod per contrariam voluntatem abrogari poſſit. Et (2) Status Imperii vi ſuperioritatis territorialis ſummam quandam poteſtatem habent, adeoque ejus vi leges conſtituere, vel illas abrogare poſſunt. *Vid. Dn. Par. in Jur. publ. c. 23. §. 4. Wurmſ. Ex. 7. q. 15.*

OBST. 1. Quod Jus Romanum ſit Jus Imperii, cui proinde ſtatus tanquam ſubditi derogare nequeant?

RESP. Status *reſpectu* totius imperii, & intuitu reliquorum Conſtatuum omnium ſunt ſubditi, & in horum præjudicium jus omnium conſenſu conſtitutum mutare nequeunt. Sed *reſpectu* ſubditorum ſuorum ipſi Status ſunt ſumma quædam poteſtas, & ſic jus pro lubitu illis conſtituere, ſemelque receptum iterum abrogare poſſunt.

OBST. 2. Quod pactis privatorum jura publica Imperii mutari & tolli non poſſint. *l. 7. §. ſi paciſc. l. 38. pact.* Nam itidem

RESP. Status ſunt privati ratione totius Imperii, & quando cum extraneo agunt, non vero reſpectu ſui territorii & ſi cum ſubditis agunt.

Id praxi adeo ſervatur, ut ſi ſubditi invicem, vel contra Principem in Camera agant, hæc ſtatuta loci ſequi teneatur, *O. C. part. 1. t. 13. §. 1. & tit. 57. Stryk. Uſ. Mod. l. 1. t. 3. §. 5. ſeq. Phil. U. Pr. Inſt. l. 1. Ecl. 9.* An etiam nobilibus immediatis hoc privilegium abrogandi jus Commune competit? Negat Dn. Berger *in Reſol. h. f. 20.*

Qv.

Qv. III. *An Florentina sit Authentica?*

AFFIRMAT *Politianus L. 10. ep. 8. L. 11. ep. 21.* Sed rectius id negant Franc. Taurell. *in Praefat. ff. florent.* & Ant. August. *L. 1. Emend. c. 1. &c.* (1) Quia certum est, quod multa ibi sint interstitia, verbaque omissa, certissimo indicio, a privato quodam descriptam fuisse, qui forte ideo, quia legere non potuit, verba omisit. (2) Quaedam mutata ibi inveniuntur lineis superinscriptis, quæ authentico non conveniunt. (3) Numeri ibi inveniuntur, quos Justinianus expresse prohibuit suis exemplaribus inseri *in L. 1. §. 13. §. 22. L. 2. C. vet. Jur. enucl.* Inprimis (4) quia multa rationi & sensui contraria ibi inveniuntur, uti mox videbimus.

Laut. p. 2. verb. Florentinam.

OBJ. *Polit.* d. l. quod Justinianus plurima exempla Digestorum describi, & in provincias mitti curaverit; & hoc Pisanum unum ex eorum numero fuisse conjectavit: Sed contrarium ex jam allegatis rationibus apparet.

Equidem summam hujus Florentinæ autoritatem atque fidem, ipsoque ævo Justinianeo vel haud longe post descriptam, esse puto. Nam cum mox post Justinianum evıluerit jus Romanum, *Struv. Ex. 1. th. 70.* nemo tantam sibi operam sumturus fuisset opus describendi, nisi eo tempore, quo in usu adhuc fuit.

USUS insignis hic est; quod in dubio fidem Digestorum Florentinorum sequi debeamus, utpote omnium antiquissimi exempli. Non tamen cœcam & authenticam fidem ei debemus, cum manifestos sæpe errores contineat; ut in *l. 9. §. fin. R. C.* ubi verba *meus &*, quæ in Florentina leguntur, corrigi debent & substituendum *meus det.* (*Vid. infr. L. 12. t. 1. q. 10.*). Sic in *L. 26 §. 5. de Testam.* in Florentina omittitur negativa, quæ proinde ex aliis codicibus suppleri debet.

Qv. IV. *An Authenticæ ab Irnerio Codici inserta valeant, si non conveniunt cum Novellis?*

NEG. Nam authenticæ per se non possunt juris autoritatem habere, quia privata autoritate a privato JCto insertæ & adjectæ sunt Codici. Inprimis cum sæpius discrepent authenticæ ab ipsis novellis, uti varia exempla authenticarum imperfecte exhibitarum refert *Laut. h. Conf. lex 2. de Fid. Inst.* Etsi vero varie hunc dissensum conciliare, nullamque pugnam intercedere Doctores, asserere annixi sint interque eos novissime *Celeber. Pagenst.* in suo *Irnerio Injuria Vapulante*; certum tamen est, multa de suo addere Irnerium, nec in omnibus convenire textus; lex vero debuit referri uti exstat, nec Irnerius suam sententiam, etsi vera esset, pro lege obtrudere potest.

Laut. p. 2. verb. Authentica vero.

Atque hanc esse communem Doctorum sententiam praxi confirmatam testatur *Laut. h. ibique Dd. Arth. Duck. de Us. & aut. L. 1. c. 4. cl. 13. Muller. ad Struv.*

Struv. Ex. 12, th. 5. l. 1. Quicquid diſſentiat *Berlichius* & *Beſoldus* ad *Laut. d. l.*

Qv. V. *An verſio latina Novellarum hodie ſit authentica?*

Laut. p. 2. verb. *Verſio latina.*

NEG. (1) Quia tantum verſio eſt, & quidem (2) privata cujusdam JCti Accurſii. (3) Satis quoque vitioſa, uti exempla ſunt in *N. 134. c. 13.* ubi integra periodus eſt omiſſa, verba enim in latino textu hæc ſunt: *Sed ſiquidem habeant deſcendentes usque ad tertium gradum eos habere:* in Græco vero verba hæc ſunt: *deſcendentes ipſos habere ſubſtantiam exceptis qui ipſis ex tali crimine geniti ſint, ſed ſi non ſint deſcendentes, ſed aſcendentes, usque ad tertium gradum eos habere.* Sic porro in *Nov. 99.* ubi verba *fidejuſſores mutui* verſa ſunt *de correis.*

OBJ. Quod verſio ſit ex meliori exemplo græco deſumta quam hodie habemus.

RESP. Si dubitetur de lectione græci textus, tunc poteſt verſio præferri; ſed quæſtio ſaltem eſt, ubi lectio dubia non eſt, & ubi de fontis veritate conſtat, an præferenda ſit verſio? quod negatur.

Ita nec in praxi verſio præfertur, quicquid diſſentiant Dd. apud *Laut. h. l.* & *Muller ad Struv. Ex. 1. th. 69. l. r.* Nam hodieque provocare ſolemus ad originem: ita in quæſtione an filiifam. de peculio adventitio irregulari teſtari poſſint, non verſio latina, ubi ipſis permittitur *quo volunt modo diſponere*, ſed græcus textus attenditur, ubi ſaltem poſſunt *διοικεῖν* i. e. inter vivos diſponere. *Vid. tit. qui teſt. fac. qu. 5. Add. Merend. L. 4. c. 27. n. 17. & ſeq.*

OBJ. Nov. 99. ubi verba *περὶ ἀλληλεγγυῶν*, qui ſunt *fidejuſſores mutui*, verſa ſunt *de Correis:* quæ verſio in praxi obtinet. Vid. *infr. Lib. 27. t. 1.*

RESP. Obtinet, non quia verſio valet vel præfertur, ſed quia praxis in illo caſu id firmavit:

INSTO Verſionem in *d. Nov. 99.* non differre a textu græco, huncque neceſſario loqui de correis, utpote cum beneficium diviſionis ibi conſtituatur, quod de fidejuſſoribus intelligi nequit, qui jam ex §. *4. ff. fidei.* hoc beneficium habuerunt.

RESP. (1) Competiit omnibus fidejuſſoribus *ejusdem* rei *mutui* vero fidejuſſores ſunt diverſorum reorum, ſcil. cum Cajus & Mevius mutuum accipiunt a Sejo, & Cajus pro Mevio, hic vero pro Cajo fidejubet, hic duo diſtincti ſunt rei.

RESP. (2) Quæſtio in *d. Nov.* proponitur, an, cum Duo accipiunt mutuum, & pro ſe invicem fidejubent, debeant pro correis haberi an non? & reſpondetur non debere pro correis haberi, niſi id expreſſum ſit, & tum propter mutuam fidejuſſionem diviſionis beneficium locum habere debere, traditur.

Qv. VI. *Quomodo Juris partes invicem derogent?*

Laut. p. 3. verb. *Poſteriora derogant.*

RESP. Derogant invicem ex ordine primæ compoſitionis, ita ut antiquis jus mutetur per jus poſtea conſtitutum: Cum enim jus conſtituatur ſuperioris volun-

voluntate, hacque declarata, ſtatim jus eſſe incipiat, etſi necdum ſit facta promulgatio, facile conſtat tolli illam voluntatem, & conſequenter jus, ſi in aliam mutetur.

Hinc DIGESTIS derogat I. *Codex Juſtinianeus* (varias ſententias collegit *Maurit. de libr. Jur.* & *Muller. ad Struv. Ex. 1. th. 69. β.*) quia Digeſta continent jus vetus, doctrinamque Jurisprudentum, *t. 1. C. de Vet. Jur. enucl.* Codex autem compoſitus eſt ex Imperatorum conſtitutionibus, quorum voluntas utpote novior, derogat juri antiquiori Digeſtorum: Hinc lex *12. ſ. 1. ff. qui & a quib.* tollitur in *l. 32. C. de adult.*

Dissentit *Struv. Ex. 1. th. 69.* quia pleraque pars Codicis ante Pandectas ſancita eſt, novas vero deciſiones nihil quoad Digeſta mutare ait.

Resp. Imo totus Codex Juſtinianeus poſt Digeſta compoſitus eſt, etſi ante Digeſta ſit promulgatus, cum vero jura invicem derogent ex ordine compoſitionis & conſtitutionis, utpote quæ ſola voluntatem ſuperioris declarat, indeque legem facit neceſſario infertur, Codicem derogare Digeſtis.

Atque hanc ſententiam praxi receptam eſſe autoritate *Mauritii* & *Lauterb.* probat *Pagenſt. 1. Sicil. 3. p. m. 16.*

II. Digeſtis porro derogant *Inſtitutiones*, nam hæ quoque poſt Digeſta compoſitæ ſunt, adeoque ſi quid contrarium Digeſtis ibi invenitur, tanquam poſterior voluntas, priorem tollunt; ita juxta *L. 46. ſ. f. de adm. tut.* ſemper poteſt tutori ſolvi ſed in *ſ. f. quib. al. lic.* requiritur decretum judicis: In *L. 8. ff. de in jus voc.* adoptivus pater in jus vocari poteſt, in *ſ. 2. de Adopt.* autem non eſt pater niſi ab aſcendente adoptetur. In *L. 14. precar.* donationes non referuntur ad contractus, quod tamen fit ex pacto de donando *ſ. 2. de donat.* In *L. 3. ſ. 1. Cap. Min.* Servilis illa mancipatio & imaginaria venditio locum habet, quæ tollitur in *ſ. 6. Quib. mod patr. pot.* In *L. 23. ſ 3 R. V.* pictura cedit tabulæ, quod mutatum per *ſ. 34. R. D.* In *L. 5. ad L. falc.* legatum debiti, cujus dies ante legatum exiſtit, nullum eſſe putatur, ſecus ac in *ſ. 14. Inſtit. Legat. Conſ. Muller. ad Struv. Ex. 1. th. 69. lit. E. Hopp. procem. Inſt. p 25.* & Doctores apud *Struv. in Evol. ad th. 69. q. 1.*

Obj. (1) Quod partim nulla ſit contrarietas, partim adhuc reperiantur veſtigia juris antiqui, partim ſaltim latius explicentur jura Digeſtorum: *Struv. Evol. ad th. 69. q. 1.* Sed hæc omnia refelluntur ex allegatis exemplis.

Obj. (2) Quod *Inſtitutiones* ante promulgatæ ſint, quin eodem die vim juris acceperint, quod eo animo factum videtur, ne jus Inſtitutionum plus autoritatis habeat quam jus Digeſtorum.

Resp. Jam ante dictum eſt, quod in derogatione non inſpiciatur ordo promulgationis ſed compoſitionis.

Inst. (3) Quod *Inſtitutiones* deſumtæ ex Digeſtis earumque compendium ſint, adeoque invicem contrariari & ſic derogare non poſſint.

Resp.

Resp. Ex dictis textibus apparet omnino contraria quædam existere, adeoque derogationi locum esse.

III. Multo magis eisdem Digestis derogat *Codex repetitae praelectionis* ut & *Novellae*, utpote in quibus omnibus posterior declaratur voluntas.

CODICI derogant (1) *Institutiones*, quia hæ post Codicem compositæ sunt, adeoque posteriorem Principis continent voluntatem.

Dissentit *Struv. d. Ex. 1. th. 69.* quia Institutiones etiam ex Codice desumtæ sunt, neque aliqua contrarietas jurium deprehenditur: Sed huic partim in præcedentibus jam responsum est, partim contraria exempla, in primis ex Fabro, ipse allegat *Struv. d. l.* nam ita actoris procurator apud acta constitutus, non tenetur satisdare, *L. un. C. de Satisd.* cum tamen nemo alienæ litis defensor esse possit sine satisdatione. *§. 5. Inst. de Satisd. &c.*

(2) Derogat ei quoque *Codex repetitae praelectionis* quoad nova capita & v. g. quoad 50. decisiones, quia hæ quoque noviter additæ sunt adeoque novam continet voluntatem Principis, quæ non potest non derogare priori.

Dissentit *Struv. d. Ex. 1. th. 69.* quia nulla contrarietas apparet.

Resp. Supponimus casum; si quædam apparet, sed & esse contrarietatem patet ex collatione *Legis 28.* cum *L. 30. C. de inoff. testam. &c.*

INSTITUTIONIBUS derogat (1) *Codex repetitæ prælectionis* scil. quoad nova capita, utpote quæ vi posterioris voluntatis necessario derogant priori in Institutionibus declaratæ. Quod vero hic Codex post Institutiones editus sit, apparet ex *l. 15. pr. C. Legit. hæred.* ubi citantur Institutiones: Exempla mutati juris passim quoque inveniuntur; Nam in *§. 3. & 4. Inst. de testam.* omnia testamenta sub solennibus fieri debent, at in *l. f. C. test. ord.* excipiuntur rustici, qui sine legum solennibus testari possunt. Sic Imperator *§. 4. Instit. de legit. agn. Succ.* allegat constitutionem, quam in *l. f. C. de legit. hæred.* mutat & corrigit.

Dissentit *Struv. d. Ex. 1. th. 69. & in Evol. ibid.* quia in novis Capitulis nihil contrarii inest, sed semper novi aliquid constituitur.

Resp. Exempla recensentur apud Struv. *in Evol. ad alleg. l.* quibus etsi respondeat Struvius, rem tamen non conficit.

(2) Iisdem quoque derogant *Novellæ*, utpote cum novissimam Imperatoris voluntatem contineant *Struv. d. l.*

CODICI REPETITÆ PRÆLECTIONIS etiam quoad nova Capita, derogant *Novellæ*, ex toties allegata ratione.

NOVELLÆ ipsæ invicem derogant ex ordine temporis, *Struv. d. l.* ita *Novellæ 9.* derogatur per *N. 120.* Et *N. 118.* in pluribus mutatur per *N. 127. &c.*

Qv. VII. *An Decretum plenam juris Canonici autoritatem habeat?*

Laut. p. 3. verb. *Et hæc in decret.*

Affirm. (1) Quia ipse liber decretum vocatur, *vid. Præfat. Greg. XIII. ad Decretum.* Decretum autem species juris est. *§. 6. Inst. de J. N. G. & C.*

(2) Quia

(2) Quia pleraque capita decreti desumta sunt tum ex jure civili, tum ex Sacra Scriptura, tum vero ex ipsis pontificum constitutionibus, adeoque per se juris autoritatem habent: Reliqua vero, sententiæ nimirum Patrum & Conciliorum &c. ex Confirmatione Greg. XIII. illam acceperunt. Hæc autem confirmatio (3) evidentissime ex sensu & verbis *dictae præfationis* apparet: Nam quod Gregorius hoc decretum regulam & normam esse voluerit, inde elicitur, quia ait se promulgando hos libros *curam habuisse, ut omnes Christi fideles &c. in recta & Catholica fide contineantur*, & mox, *ut omnem omnibus aberrandi ab ea occasionem subtrahat:* Quin expresse illud inter partes JURIS CANONICI refert VERB. *ut ad majorem Christi fidelium &c. commoditatem hoc* NB. *JURIS CANONICI corpus fideliter & incorrupte imprimi possit.* Et porro: *Nos opportune providere volentes ut* NB. *HOC JUS CANONICUM sic expurgatum, semper & perpetuo integrum & incorruptum conservetur:* Ac denique, *Nulli hominum liceat &c. hujusmodi libris* NB. *dicti JURIS CANONICI quicquam addere, detrahere &c.*

OBJ. I. Quod (1) collectio sit Gratiani, privati cujusdam monachi, qui (2) privatorum fere doctorum sententias collegit. Unde (3) non alia videntur obtinere posse autoritate quam quæ est & colligentis, & autorum ex quibus singula capita desumta sunt: Atque hæc (4) communis quoque videtur esse sententia: *vid. Dd.* apud *Laut h.* allegatos *Zœs. in Præf. Comm. ad Decret. n. 10. Menoch. de adipisc. remed. 4. n. 842. Andr. Vall. de Jur. Can. in Procem. §. 8. n. 12. Dn. Stryk. Præcogn. Jur. c. 8. §. 3. Dn. Pagenst. 2. Sicil. 9.*

RESP. (1) Confirmatio Gregorii & Canonibus & collectioni Decreti publicam ac juris autoritatem dedit. Adeoque (2) non dependet ex arbitrio Dd. juris autoritatem a pontifice datam eis detrahere.

INSTAT *Dn. Pagenst. 2. Sicil. 9.* Gregorium non confirmare decretum, sed præcipere saltem, ut ita emendatum atque incorruptum in posterum edatur. Sed aliud jam ex ipsis verbis confirmationis demonstratum est.

OBJ. II. Quod multa capita hujus decreti mutata & abrogata sint. *Martin. Delrio Disquis. Mag. l. 5. Sect. 16.*

RESP. Multa quoque in Digestis abrogata inveniuntur, ea vero non detrahunt autoritatem reliquis, quæ mutata non sunt.

QU. VIII. *Qualem autoritatem habeat Jus Canonicum in imperio?*

RESP. Distinguendum inter terras Statuum Pontificiorum & Evangelicorum: PONTIFICII utuntur in causis & negotiis *Secularibus* jure Romano, quia in his superiorem agnoscunt solum Imperatorem; *Rittersh. procem. de diff. Jur. Civ. & Can. Laut. Colleg. ff. proleg. §. IX. n. 15.* Sed in causis & negotiis *Ecclesiasticis* ac spiritualibus subjecti sunt Pontifici, proinde ejus quoque jure utuntur. *Brun. J. Eccl. L. 1. c. 2. §. 17.* Probatur hoc ex Constit. Frid. II.

apud *Gold. Conſt. Imp. tom. 1. part. 2. pag. 83.* Wir gebieten auch feſtiglich, daß man in allem Römiſchen Reich an Geiſtlichen Dingen ꝛc. nach Geiſtlichem Recht richte. Quæ conſtitutio bis repetitur a Rudolpho. *Vid. Lehm. Chron. Spir. l. 5. c. 108. p. 630.* Hinc Imperatores hodieque ſe jura Canonica ſervaturos promittunt. *Cap. Car. V. art. 28. Ferd. I. art. 26. Rudolphi II. art. 30. Matth. art. 36. Ferd. II. art. 35. Ferd. III. art. 38. Ferd. IV. art. 36. Cap. Leop. art. 36. ac Joſeph. art. 35. vid. Dn. Petr. Schultz. de Confirm. C. 2. §. 10.*

EVANGELICI vero nec in ſecularibus, nec in eccleſiaſticis eo jure utuntur tamquam ſcripto, ſed tantum propter utilitatem & æquitatem in quibusdam cauſis illud receptum eſt. *Brunn. J. Eccl. L. 1. c. 3. Frantzk. ad §. 9. Inſt. J. N. G. & C. Stryk. in Not. ad Brunn. §. 4. pag. 38.* Regulæ vero hæ ſunt: (1) *Si jus Civile* nihil diſponit, adhibetur Jus Canonicum. *Laut. Præfat. pag. 3.* Idem eſt (2) Si *Jus Civile* obſcure & dubie diſponit uti exemplum ex *Clem. fin. de teſt.* refert *Carpzov. Part. 1. conſt. 2. def. 21. Vid infr. tit. de procur. q.* 1. *in fin. Hart. Piſt. p. 4. qu. 24. n. 6. Dd. apud Laut. d. l. Weſenb. 1. Conſ. 1. n. 20. Conſ. 6. n. 202. Conſ. 43. n. 58.* (3) Si *Jus Civile* certum eſt, ſed Jure Canonico aliud diſponitur, obtinet prius. *Menoch. lib. 2. arb. caſ. 185. n. 12. H. Piſt. Conſ. 41. n. 6. vol. 6.* Excipiuntur vero *tum* cauſæ conſcientiarum, *Mev. part. 4. d. 205. n. 3.* & ſpecialiter, pacta, præſcriptiones, Uſuræ, *Mev. d. dec. 205. n. 3* juramenta &c. & tota materia proceſſus, *Dn. Berger. Reſol. h. q. 1.* *Tum* cauſæ eccleſiaſticæ, quo referunt matrimonia, decimas &c. nam in his omnibus prævalet jus Canonicum, *Struv. Exerc. 2. §. 39. Laut. d. p. 3. Phil. Uſ. Pr. Inſt. L 4. Ecl 65. n. 8. Dn. Rhetz. de Aut. Jur. Can. Stryk. Præcogn. jur. in pr. Brun. d. c. 3. §. 4.* ibique *Stryk.* qui ad *§. 8. d. c. 4.* ait in Marchia jus Canonicum non obtinere niſi in cauſis matrimonialibus, *arg. Ord. Conſiſt. March. de an. 1573. tit. 50.* Verum & in præſcriptionibus obtinere certum eſt, & in beneficiis Eccleſiaſticis, jure patronatus &c. Hæc omnia ita vera ſunt, niſi rationi vel juri naturæ canones repugnent, quod fit, cum intra annum luctus nuptias permittunt &c. nam tunc inſiſtitur Juri Civili. *Vid. infr. tit. de his qui Not. inf. q. 1.*

LIB. I.

LIB. I. TIT. I.
DE JUSTITIA ET JURE.

Qv. I. *An Justitia recte definiatur in* pr. Inst. h. *quod sit* constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi?

RESP. Justitia & Jurisprudentia accurate definitæ sunt in *pr. Inst. de Just. & Jur.* idque ex usu inprimis Stoicorum, quos JCti nostri in plerisque se quuntur: Illi enim omnem virtutem, indeque & justitiam, dixere *constantem & perpetuam voluntatem:* Uti & Cicero *L. I. de Legib. c. 45.* explicat: *Virtus est constans & perpetua vitæ ratio*, & Gellius *Noct. Att. L. 17. c. 5. Liberalitas est perpetuæ benignitatis constantia.* Igitur constans & perpetua voluntas Latinius id dicitur, quod vulgo habitus voluntatis: Is enim totus constanti ac perpetuo ita agendi studio absolvitur. Neque vero voluntas hic potentiam animæ, sed affectum & studium agendi indicat, uti Ciceroni, *subdubitat qua essem erga eum voluntate. Lib. 2. ad fam. ep. 13. Quorum cognita erga remp. voluntas. In orat. Philip 13. cap. 13.* Atque ita expresse justitia ipsi dicitur *Affectio animi suum cuique tribuens. L. 5. fin. C. 65.* Non quælibet scil. sed constans & perpetua, ut habitus indigitetur.

Laut. p. 10. verb. Sive divinarum.

Pariter Stoici aliique veterum sapientiam in genere dixerunt: *Divinarum atque humanarum rerum notitiam. Cic. L. 1. de off. c. 43. & L. 2. in pr.* Hæc generis (scil. Sapientiæ), descriptio igitur, pro ipso genere, seu Sapientia, adhiberi potest in singulis ejus speciebus; Adeoque & in jurisprudentia, utpote quæ etiam est Sapientiæ species *L. 1. §. 1. ff. de Just. & Jur. L. 1. §. 5. ff. de extra. Cogn.* & apud *Quintil. L. 1. Inst. 15. in f.* Conf. *L. 1. §. 1. C. de Vet. Jur. Enucl.*

Ut adeo hic ambitus verborum nihil aliud velit quam quod in *lege 1. pr. ff. de Just. & Jur.* vocula *ars:* Et sic *Ars æqui & boni*, ipso verborum sensu quoque cum altera definitione, quæ in *pr. Inst. de J. & J.* habetur, coincidit.

Qv. II. *An detur justitia universalis, & an illa sit objectum jurisprudentiæ?*

RESP. Non dari proprie loquendo justitiam, sed virtutem universalem, probatur (1) quia ex doctorum sententia illa complectitur omnes virtutes; omnes vero virtutes ad justitiam referri & sub ea comprehendi nullo modo pos-

Laut. p. 5. verb. Universalis.

possunt, utpote cum (2) natura justitiæ, quæ necessitatem obligationis infert, pugnet cum natura virtutis, quæ desinit, cum quis ad eam cogitur. Vid. late *Tractat. de Princip. Jur. Nat. part. 1. qu. fin.* Quin (3) collidérent præcepta juris hujus universalis; nam liberalitas præcipit suum alii dare, cum e contrario juris regula sit, ne quis invitus alii suum dare teneatur. *L. 11. R. J.* (4) Confunderentur quoque duæ disciplinæ toto genere diversæ, *Ethica*, ad quam virtutes pertinent & *Jurisprudentia*, cujus objectum est sola justitia. Accedit (5) quod justitia maneat salva, etsi reliquæ virtutes deficiant, ita enim judex potest justitiam acerrime propugnare, etsi non sit fortis, liberalis, patiens &c. & prædo, qui metu pœnæ rem raptam domino restituit, justus est, etsi non virtuosus: Porro & (6) posita justitia universali singulæ virtutes v. g. liberalitas, parsimonia, fortitudo &c. fierent justitiæ particulares; quo ipso confunderentur omnes virtutes cum justitia. Et cum (7) omnes cives ad justitiam pœnis quoque obligentur; possent cogi imposita quoque pœna, ut sint fortes, urbani, patientes &c. quod tamen per naturam fieri nequit. Denique & (8) nunquam veteres hujusmodi justitiam universalem, sed nexum saltem virtutum docuisse, certo certius est. *Vid. Treutl. Disputat. 1. thes. 1. l. c. Sets. ad Inst. Disp. 1. ass. 1.* Unde facile constat Objectum Juris nostri nulla ratione esse justitiam universalem, sed unice illam particularem, quæ *in suum Cuique tribuendo* consistit. Conf. *Dn. Pagenst. 2. Sicil. p. m. 120. sq.* Dissent. *Struv. h. th. 16. & 17. ibique Evolut. & Evol. ad th. 18. & Dd. Comm.*

OBST. (1) Quod tamen inter regulas juris generalissimas referatur *honeste vivere*, &, quod plurima in jure inveniantur, quæ ob meram honestatem constituta sunt, adeoque ad particularem justitiam referri non possunt.

RESP. Regula illa non de honestate in genere & quatenus pro mera virtute sumitur, sed secundum substratam materiam, de honestate secundum jus & leges, intelligi debet; quando vero quædam quæ honestatis sunt lege quoque præcipiuntur, desinunt esse meræ virtutes, & incipiunt esse juris atque necessitatis, pertinentque ad justitiam particularem.

OBST. (2) *Nov. 69.* in præf. ibi, *unamquamque aliarum virtutum nisi obsequantur* hujus (scil. justitiæ), *bona, fiet nihil horum quæ competunt, itaque nec fortitudinem, quae non est cum justitia, laudabimus.* Sed hoc firmat quæ dicta sunt: Nam veteres ex principiis Stoicorum virtutem aliquam universalem statuerunt, non hoc sensu, quasi singulæ virtutes sint juris species, sed quod inter omnes virtutes sit quædam connexio, quam noviores vocarunt justitiam universalem. Hinc recte asserere potest Imperator, nullam virtutem esse quæ non habeat conjunctam justitiam, non quæ sit justitiæ species; sic nulla est fortitudo in latrone, quia in re injusta versatur &c. Connexio ergo hic est, quæ vero

vero non impedit, quo minus res maneant diverſæ, uti latius & ex ipſorum philoſophorum doctrina id expoſui in Tract. *de Princ. Jur. Nat. part. 2. S. 1. p. 49.*

Qv. II. *An proportiones ſive Arithmeticæ, ſive Geometricæ utilitatem in jure habeant?*

Origo proportionum in jure Philoſophiæ Ariſtotelis debetur utpote qui juſtitiam τὸ ἴσον, i e æquale, & conſequenter medium inter plus & minus eſſe dixit, indeque ipſam juſtitiam *proportionem* vocavit. *Vid. Diſp Dn. Par. de Proport. furt. & ſuſp. §. 2. & Diſp. de Proport. p. 1.* ac pro duplici proportione Arithmetica & Geometrica, etiam duplicem juſtitiam fecit *commutativam*, ſcil. in qua ſervaretur proportio *Arithmetica* ſive abſoluta, ut in contractibus &c. & *diſtributivam*, in qua ſervaretur proportio *Geometrica* ſive comparata, ut in diſtributione præmiorum &c. *Dd. Diſputat.*

Laut. p. 5. verb. Hujus duæ ſunt.

Sed jam olim in dicta diſputatione de proportionibus a Dn. Parente demonſtratum eſt, totam hanc diſputationem in omnibus partibus juris inutilem eſſe, utpote cum (1) juſtitia diſtributiva ſaltem obtineat in præmiis &c. ut Grotius ait, *L. 1. c. 1. §. 8.* in aptitudine, qui actus plane non ad juſtitiam pertinent. Accedit (2) quod proportiones tantum oſtendant, quis numerus alii numero conveniat, (proportio enim eſt numeri ad numerum, majorem vel minorem, ſeu rei ad rem comparatio). Hæc ergo proportio jus non facit, niſi lex vel ratio naturæ talem convenientiam, ut inter onera, fructus &c. ſtatuat. Sane (3) proportiones tantum ſunt inſtrumenta, & quaſi menſuræ, quibus debitum, lege jam definitum, computatur, atque dividitur, adeoque non magis ad ſpeciem juſtitiæ referri poſſunt quam menſura ad agrum, vel additio & multiplicatio ad debitum, quod computatur: (4) Aut tenetur aliquis commutare vel diſtribuere, aut non tenetur: *illo caſu* non diſtribuit ſecundum proportionem, ſed ex lege obligationis, etſi nulla ſit proportio; *hoc caſu*, quia plane non tenetur, nec tenetur ad proportionem, ut proinde ex ſola proportione nulla ſit obligatio: Imo (5) multi ſunt caſus juris, qui evidentem habent æqualitatem & juſtitiam, nec tamen ad ullam proportionem referri poſſunt, ita enim onera perſonalia ſine ulla proportione a ſingulis in ſolidum præſtantur. *d. diſp. de prop. c. 2.* Sed & (6) verum non eſt, quod in juſtitia commutativa ſemper obſervetur proportio Arithmetica, nam etiam Geometricam ibi obſervari patet exemplo *hæreditatis*, ubi hæres ſaltem pro rata obligatur. *l. 4. V. O.* Sic in *jure accreſcendi* portiones pro rata accreſcunt hæredibus, *l. 66. ff. hær. inſt.* porro in *ſocietate* lucrum & commodum pro rata dividitur. Neque (7) verum eſt in juſtitia diſtributivà ſemper obſervari proportionem Geometricam: Nam ita fieri poteſt, ut merita ſint æqualia, & tunc æqualiter diſtribu-

tio præmiorum fieri debet: Porro & (8) aliquando in eadem ſpecie utræque proportiones concurrunt; uti ſi ſervus communis ſtipuletur dominis in genere, acquirit illis pro dominica parte. §. *f. ſtip. ſerv.* Si ſervus eis ſtipulatur expreſſis nominibus propriis, ſingulis æqualia acquirit, *l. 37. ſtip. ſerv.* adeoque vel Geometrica vel Arithmetica proportione hic acquiret, prout ſervus vel prius nomen dominorum vel nomen proprium dixit. *dict. diſp. c. 2.* Denique (9) nullum in jure effectum habent hæ proportiones, utpote cum in omnibus commutationibus diviſio fiat non ex proportione, ſed vel ex lege, vel ex voluntate defuncti, vel denique ex diſpoſitione partium, qui prout de jure ſuo diſponunt ſive æqualiter, ſive inæqualiter, ita jus eſt. Ita pari ratione & (10) in diſtributionibus nulla obſervanda præciſe eſt proportio: diſtributiones enim v. g. præmiorum non fiunt ſecundum regulas juris neque etiam neceſſario ſecundum merita, ſed Princeps pro lubitu ſuo, etiam minus dignis, de jure ea concedere ac diſtribuere poteſt; neque hic tunc peccat contra juſtitiam, ſed contra virtutem.

Neque OBSTAT, quod in jure aliquando perito calculatore opus ſit, qui utitur regulis proportionum: uti exempla ſunt in diviſione fructuum *in L. 7. §. 1. Sol. matr.* & aliis caſibus expoſitis *de Diſp. de proportionibus.* Nam bene RESPONDET *Dn. Parens* in *Diſp. de Proport. ſurt. & ſuſp. c. 5. Non ideo proportiones magis Juſtitiæ quandam ſpeciem faciunt, quam æſtimationes rerum, cum & perito æſtimatore aliquando opus ſit ad pretia definienda; aut quam agrimenſura, cum in finium regundorum judicio, aliisque negotiis agrimenſores quoque adhibendi; denique non magis, quam multiplicationes, diviſiones, aliæque numerandi ſpecies, quæ & ipſæ quandoque adhiberi debent.*

QV. III. *An jus recte dicatur a juſtitia?*

Laut. p. 5. verb. *eſt autem jus &c.*

RESP. Vox Juris non appellatur a juſtitia, ſed potius contra Juſtitia eſt a Jure: At ars juris, de qua in *L. 1. pr. de Juſt. & Jur.* a Juſtitia, quippe quam tractat, dicitur; uti Grammatica a literis: Idem ita tradit *Cic. de Rep. L. 3. Cum illud etiam ipſi jus eſſe dicant, quod de Juſtitiæ fonte manaverit.*

QV. IV. *An tres ſint univerſaliſſimæ juris regulæ, an ſaltem una?*

Laut. p. 5. verb. *hujus generaliſſimæ &c.*

RESP. Tres diverſæ ſunt regulæ; *Prima* enim, *quæ ſuum cuique tribuendum eſſe* docet, ſupponit detentionem rei vel juris alieni, quod ei, cujus res vel jus eſt, *tribui* debet; *Altera* regula vult *neminem lædi debere*, hæc ſupponit vim aliquam perſonæ alterius vel rei ita illatam, ut nihil inde ad me pervenerit. Hoc igitur caſu alteri, quod ejus eſt, tribui nequit, quia nihil ejus rei teneo, adeoque ex altera regula juris obligor, quæ neminem lædere jubet,

Tertia

Tertia regula nos vult *honeſte vivere*: Quæ proinde regula obtinet, ubi nec aliquid alieni teneo, nec ubi aliquem lædo, ſed ubi de meo jure ago & diſpono, at ubi lex propter honeſtatem actum illum, per ſe alias licitum prohibet: Ita enim in nuptiis *non tantum quod licet, ſpectandum eſſe*, ait *Modeſtinus, ſed & quid honeſtum ſit*: Exemplo id illuſtrat JCtus: *Si Senatoris filia &c. libertino, vel qui artem ludicram exercuit &c. nupſerit, nuptiæ non erunt: L. 42. ff. rit. nupt.* filia igitur liberto nubens neque ex prima regula neque ex ſecunda obligatur, quia neque aliquid alieni tenet, quod tribuendum alteri eſſet, neque alium lædit, ſed ex tertia demum, quia non honeſte, i. e. juxta honeſtatem civilem vivit: Atque huc quoque pertinet prohibitio nuptiarum inter parentes & liberos adoptivos, §. *2. Inſt. de nupt.* quia contra honeſtatem videtur eos matrimonio jungi, qui liberi & parentes invicem dicuntur.

Veriſſimum igitur eſt, tres diſtinctas hic eſſe regulas: *vid. Ungep. Ex. ad Inſt. 1. Carol. 1.*

Neque OBSTAT, quod prima regula, *Suum cuique tribuere*, omnem exhauriat juſtitiam, & quod is, qui ſuum cuique tribuit, neminem lædat, & honeſte vivat: atque ita viciſſim, qui neminem lædit, honeſte vivit, & ſuum cuique tribuit: & ſic porro:

RESP. Equidem ſi regula illa generaliter ſumitur, negari nequit, reliquas ſub ea contineri, atque hinc etiam juſtitia in genere ita definitur, *conſtans atque perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi. pr. Inſt. de Juſt. & jur.* Nam is qui neminem lædit, ab alieno abſtinet, adeoque ſuum cuique tribuit, & ſic qui honeſte vivit, non lædit autoritatem Magiſtratus, qui honeſte vivendi regulam præſcripſit, adeoque hactenus quoque ſuum cuique tribuit. Sed cum diverſo modo hæc tributio generalis fiat, merito JCti modos tribuendi diſtinxere, & tria præcepta juris, juxta quæ ſuum cuique tribui debet, poſuere: §. *4. Inſt. de Juſt. & jur.* quam differentiam ſpecificam initio hujus quæſtionis explicavi.

Qv. V. *An Jus naturale* in pr. Inſt. de J. N. G. & C. *recte definiatur* quod natura omnia animalia docuit?

Equidem inepta pleriſque videtur hæc definitio, quæ in Pandectis *L. 1. §. 1. ff. de Juſt. & Jur.* & Inſtitutionibus §. *2. Inſt. de Jur. Nat. Gent. & C.* invenitur, quia brutis ſcientiam, peritiam, quin & communionem aliquam juris tribuit, cum omne jus hominum ſaltem intelligentium proprium ſit. §. *f. Inſt. de Jur. Nat. Gent.*

Laut. p. 5. verb. Connatum.

ALII verum Jus naturæ hic deſcribi ajunt; &, cum brutis jus aliquod commune hominibus eſſe, ſtatuunt: indeque natura nefas eſſe, animal offendere

dere afferunt: & e contrario bruta quoque ad id, quod natura æquum & bonum effe obligari concludunt.

Atque huc referunt noxam, quam etiam animalia committere dicuntur *tot. tit. Inft. Si quadrup. paup. L. 1. pr. §. 2. & 6. ff. Eod.* Quam fententiam acriter defendunt *Mæftert. de juft. & jure leg. rom. L. 1. dub. 17. ibique* Dd. *Alb. Gent. L. 3. c. 1. Covarruv. in Relect. Cap. peccatum part. 2. §. 11. n. 4. Corras. de juris arte p. 2. c. 3. Suarez. de Leg. L. 2. c. 17. & quidem ex mente Thomæ l. 2. q. 55. & 2. q. 7. art. 3.*

ALII excufant JCtos, & eos ex erroneis religionis fuæ principiis hanc defcriptionem haufiffe putant; Originem enim eam definitionem traxiffe putant ex doctrina de metempfychofi, feu transmigratione animarum: cum enim animæ in beftias quoque transeant, adeoque hactenus ratione utantur, inde conjecturantur, JCtos ex fuppofito illo brutis jus aliquod naturæ tribuiffe. *Pufend. J. N. & G. L. 2. c. 3. §. 5.*

ALII ajunt improprie hic jus tribui brutis propter umbram rationis, quæ in brutis eft. *Grot. L. 1. c. 1. §. 11.*

Communiter *Doctores* diftinguunt inter jus & inclinationem, ac contendunt, Jus naturæ brutis quoque commune effe quoad inclinationem, non quoad jus. *Brunn. ad l. 1. §. 3. & 4. ff. de Juft. & Jur.* Atque hanc fententiam, fecutus *B. Parentem*, olim quoque defendi in prima hujus operis editione: Afferui enim *Jus naturale* quoad *rem & actus* naturales ad animalia pertinere, quia hæc quoque fe conjungunt, fœtum procreant eumque educant: At *jus*, qua jus, ad ea non pertinere, quia animalia hos actus non exercent ad formam & amuffim juris, fed per folum inftinctum; quæ diftinctio inter *actum & jus* ex ipfis verbis legis innui videtur; Poftquam enim ex jure naturali animantibus communi *conjunctionem maris & fœminæ* defcendere dixit, quæ rem & actum fignificat, ftatim addit, *quod nos matrimonium appellamus:* quo ipfo indigitari videtur, rem illam inter homines alio modo & ad amuffim juris peragi debere: Verum in allegatis textibus nihil de inclinatione, *de re* vel *actu Juris naturalis* dicitur, fed *ipfum jus* brutis commune effe traditur *d. l. 1. d. pr. Inft.* ibi: *nam* JUS ISTUD *non humani generis proprium*, fed *omnium animalium:* & mox: *Videmus enim cætera quoque animalia* HUJUS JURIS *peritia cenferi* (i. e. prædicari). Atque tunc Jus naturale in eo a Jure Gentium differre tradit JCtus in *d. l. 1. quod* ILLUD *omnibus animantibus, hoc folis hominibus inter fe commune fit:* adeoque certum eft, hic non de re feu actu quæri, fed de ipfa juris communione.

Antequam noftram de illa definitione mentem aperiamus, præmittendum eft, I. Ulpianum, qui Auctor eft illius definitionis, alibi diferte negare, jura in bruta cadere poffe, *L. 1. §. 3. ff. Si quadr. paup.* adeoque præfumtio non eft,

JCtum

JCtum illum adeo sui oblitum fuisse, ut communionem juris brutis tribuere in definitione voluerit, quam in tractatione Jurisprudentiæ negat: Unde alio sensu *jus* ab eo usurpatum esse conjecturari licet. II. Jus sæpius improprie sumi, nimirum pro necessitudine seu agnatione, *L. f. ff. de Just. & jur.* pro loco judicii, *L. p. ff. Eod.* quo pertinet formula *in jus vocare*; pro potestate, ut in titulo *de his, qui sunt sui vel alieni juris.* Atque sic alio quoque sensu sumitur pro ordine naturæ, seu pro motu illo, quem Deus omnibus animantibus indidit: Hic motus naturæ, hic ordo agendi improprie jus dicitur, quia Deus ea lege, eoque ordine creaturas existere jussit.

Cum igitur Deus motus quosdam universales omnibus animantibus indiderit, juxta quos corpora jungere, prolem procreare, illam educare & se defendere debeant, hi motus aliquo sensu *jus*, lex, præceptum *naturæ* dici possunt, quia Deus omnia animantia juxta hos motus agere voluit & jussit, dando simul instinctum, qui totum genus ad sui conservationem & propagationem necessario ferret. Est ergo hic jussus Creatoris præceptum naturæ, eoque sensu jus aliquod naturæ.

Atque hoc sensu, quatenus scilicet *jus* pro motu naturæ sumitur, sæpius a Philosophis naturæ leges & præcepta sumi videmus: *Macrobius. L. 7. sat. c. 5.* ait, *Natura primum singula animalia perfecta formavit, deinde* PERPETUAM LEGEM *dedit, ut procreatione continuaretur successio: Demosthenes* adversus *Aristogitonem* idem ita explicat: *Nam si illis bene cupit &* LEGEM NATURAE *tuetur, quæ una & hominibus & feris ex æquo est sancita. Plutarchus*, in Camillo, ait LEX EST NATURAE, *cujus & bestiæ sunt participes, ut imbecillior cedat majori. Moses Bar Cepha in Comment. de Paradiso l. c. 28.* ita disserit: *Omnibus rebus positæ sunt leges, ratione præditis & rationis expertibus, & inanimatis, quæ sensu percipiuntur*, & mox, *animantia omnia, quæ ratione carent, generali hac lege Deus formavit, ut res suo sensu percipere & motu sese agitare possint. Cæterum leonibus particulariter audaciam pro lege dedit, atque ita de cæteris legibus, quæ a Deo bestiarum naturis impositæ sunt.*

Atque ex his jam apparet, quo sensu JCtus *Jus Naturæ* definiat, *quod natura omnia animalia docuit*: intelligit scilicet motum illum naturæ, legem, quam in creaturis suis Deus exstare voluit, nam ex motu illo, ex illo instinctu, quo homines ferri voluit ad sui conservationem &c. apparet, Deum hanc legem creaturis præscripsisse.

Atque hactenus *jus naturale*, (i. e. motus ille naturæ, seu lex naturæ), omnino etiam brutis commune dici potest, quia eandem legem sibi inditam sentiunt, non per rationem, seu justas conclusiones, sed per impetum naturæ,

i. e. per inſtinctus, adeoque per leges illius motus, quem natura in toto creaturarum genere exſtare voluit.

Atque ex his ſimul conſtat, *Jus* hoc *naturale* plane aliud eſſe ab illo jure, quod JCti *Jus Gentium* vocant, & quod proprie *Jus naturæ* dicitur, quodque non ex motibus ejusque legibus, ſed ex ratione ſola cognoſcimus, & definitur, quod *ratio naturalis inter omnes homines conſtituit.*

Hoc Jus Gentium, ſeu Naturæ, ſolis hominibus proprium eſt, nam cum ex ſola ratione ſequatur, non poteſt niſi creaturis ratione præditis proprium eſſe: atque hinc etiam Jus Gentium vocari ſolet, quia inter ſolas Gentes obtinet, ſed & ex hoc ſolo jure obligatio oritur: nulla ex jure illo, quod improprie *naturale* dicitur: Sola enim ratio nos docet, Deum ſuperiorem eſſe, eum quædam a nobis fieri velle, quæ citra pœnam omitti non poſſint & *eo pertinere quoque actus, quos per motum univerſalem approbavit.* Hæc autem ratio ceſſat in brutis, quæ nullam creatoris notitiam habent, ejusque voluntatem non juſta ratiocinatione, ſed ex neceſſitate motus exequuntur, indeque neque pœnæ neque præmii capaces eſſe poſſunt.

Atque ex his jam conſtat ratio, cur JCtus diſtinguat *maris atque fœminæ conjunctionem* a *matrimonio: Prior* enim deſcriptio ad Jus naturale pertinet, ad legem illam naturae, quæ ſolo ſenſu, etiam absque ratione percipitur, & toti creaturarum generi communis eſt. *Poſterior* vox ad Jus Gentium ſpectat, eſt vox juris, quæ ex ratione definienda eſt, indeque non niſi ad homines pertinet, qui ſoli ratione utuntur: homo igitur non pro lubitu motus illos naturales ſequi, ſeu juxta ordinem & legem naturæ promiſcue concumbere poteſt, ſed juxta regulas rationis, quæ motus illos reſtringit, comprimit, limitat, certosque fines præſcribit, quod fit in matrimonio.

Etſi igitur *Jus Naturale* & *Jus Gentium* Cauſa conveniant, utrumque enim Deum Autorem habet, qui & rationem hominibus, & motus illos omnibus animantibus indidit; inter ſe tamen differunt (1) *Objecto:* nam ad Jus naturale referuntur actus, qui ſolo inſtinctu fiunt, non ratione: ad Jus Gentium vero ſpectant ſola ea, quæ ratione percipiuntur. (2) *Subjecto: Jus naturale* enim omnibus animantibus commune eſt, quia omnibus idem ineſt motus. *Jus Gentium* ſolis hominibus proprium eſt, quia hi ſoli ratione utuntur. (3) *Effectu*, nam *Jus*, quatenus mere *naturale* eſt, non infert obligationem ratione agentium, animantia enim hos actus peragunt ex ſola motus neceſſitate, citra rationem, utpote cum nec legislatorem nec ejus voluntatem cognitam habeant, indeque nec pœnam nec præmium mereantur: *Jus vero*, quatenus *gentium* eſt, obligat agentes, quia homines cum deliberatione agunt juxta rationis regulas, & ad certum finem: Sciunt nimirum præcepta hæc a ſuperiore data eſſe, cui paren-

parendum; nisi pœnæ nos obnoxios facere velimus. Atque hinc notanter JCtus in definitione Juris naturalis utitur voce DOCUIT, *quod natura omnia animalia docuit*, in definitione vero Juris Gentium voce CONSTITUIT, *quod ratio naturalis inter omnes homines constituit*.

Atque ex his jam porro facile decidi potest quæstio: *an justitia quoque in bruta cadat*? Equidem *Grotius*, *de J. bell. L. 1. c. 1. §. 11.* improprie ipsis tribuit justitiam propter umbram rationis, quam in brutis exstare putat. Atque hinc in notis ibidem exempla quædam exercitæ justitiæ a brutis commemorat: De Elephante enim refert ex *Plinio Hist. L. 8. c. 1.* quod in eis amoris & Gloriæ voluptas, probitas, prudentia, æquitas, religio quoque syderum solisque ac lunæ veneratio sit, eos non conscendere naves maria transituri, nisi prævio vectoris jurejurando de reditu. & *c. 3.* tale animal fuisse, ait, quod græce scripserit, (quod thema *usque ad c. 6.* persequitur). De aspide idem refert *Plinius L. 10. c. 74.* quod suum ipsa catulum necaverit, quod is catulus hospitis filium interemisset: Sed fabulæ hæ sunt, quibus scatet totus *Plinii* liber: Alii vere æquitatis & juris regulas in brutis exstare illasque injuriam dare & accipere statuunt. *Mæstert. de just. leg. rom. L. 1. dub. 7.*

At nullo sensu justitiam in bruta cadere posse nunc probabo, Nam (1) jus, ex quo necessitas seu obligatio oritur, non nisi per rationem cognitum esse potest, supponit enim obligatio intelligentiam alicujus entis superioris, notitiam de ejus voluntate, de pœnis itidem ac præmiis inde resultantibus: Cum vero in brutis talis ratio non exstet, cum illa, quicquid agunt, ex necessitate motus agant, & neque Legislatoris, neque legis, neque pœnæ notitiam habeant, sponte sequitur, neque justitiam neque obligationem in iis concipi posse: Unde (2) inter ipsos homines, illos, qui exercitio saltem rationis destituuntur, juris non esse capaces, eosque neque ex contractu neque ex delicto obligari constat: quod exemplo infantum & furiosorum apparet. *L. 14. ff. Offic. præsid* Sed & (3) de brutis diserte in *L. 1. §. 4. Si quadr. paup.* statuitur, *injuriam facere non posse*, quod idem est ac nihil contra jus facere posse. *L. 1. ff. injur.* Ubi maxime notatu dignum est, quod idem *Ulpianus*, qui Jus naturale definivit, *quod natura omnia animalia docuit*, autor sit illius asserti. Quæ quæso (4) non sequerentur monstra ex illa hypothesi, quæ bruta juris perita statuit? Si bruta intelligerent voluntatem Dei (quæ sola legem naturæ & obligationem naturalem efficit) eum quoque colere & transgressores æterna pœna affici deberent: Adulteria, furta, besticidia pœnis quoque civilibus coerceri deberent, adeo ut in quibusdam nec dispensare Principi liceret. Sed & (5) sequeretur, hominem jus in animalia nullum habere, neque ea absque crimine occidi posse, quod & sacris literis, & gentium usui repugnat.

Neque his OBSTAT (1) Quod tamen negari non possit, in brutis quoque rationem exstare, quod tum ex cerebri situ, tum ex deliberatione & ratiocinatione eorum extra dubium ponunt:

RESP. Equidem persuadere nunquam mihi potui, motus animalium esse nudam machinam & effectum sensuum seu materiæ: adeoque omnem eis rationem negare, & difficile & periculosum duxi: Neque tamen metuendum est, ne hac sententia posita ratio humana cum ratione bestiarum confundatur: Humana enim ratio id præcipuum habet, quod ea sola Deum, tanquam legislatorem cognitum habeat, voluntatem divinam, adeoque legem naturæ intelligat, adeoque bonum & malum distinguere, i. e. pœnam & præmia mereri possit: Ratio autem brutorum hæc omnia ignorat, Deus huic rationi bestiarum angustissimos præscripsit fines, qui omnes ad solam sui conservationem & generis propagationem tendunt, nulla ei inest notitia sui creatoris, nullam cognitionem boni & mali, i. e. meriti & demeriti suppeditat; Ex quibus sequitur, brutis talem rationem, quæ jus & injuriam indigitat, non competere.

OBSTAT (2) definitio *Ulpiani* in *L. 1. §. 3. & 4. de Just. & jur.* ubi jus naturale omnibus animantibus commune esse ait, & feras quoque ejus juris peritiam habere statuit:

RESP. dictum jam est, *Ulpianum* sensu admodum improprio *Jus naturale* ibi sumere pro motu naturæ, pro lege illa, quæ animantia juxta certos motus agere voluit & jussit: ex qua lege inter agentes nulla obligatio oritur, nisi accedat ratio, ex qua demum cognosci potest, quod lex illa a superiore lata omitti non debeat.

OBSTAT (3) Quod JCti Romani noxam tribuant pecudi, adeoque delictum. *Vid. l. 1. pr. Si quadr. paup. fec.* ubi: *quæ lex voluit aut dari id, quod nocuit, i. e. id animal, quod noxiam commisit, aut æstimationem noxiæ offerre: Noxia autem est ipsum delictum.*

RESP. *Noxia* i. e. *delictum*, quod animal committere dicitur, nihil aliud JCtis significat, quam *damnum:* Ita enim sæpius in jure *delictum* pro *damno* sumi apparet ex *L. 11. §. p. pœn.* Ubi casu aliquis delinquere, i. e. damnum dare dicitur, indeque is, qui ita delinquit, male non agit *per text. expr. in §. 4. Inst. Leg. Aq.* quod secus esset, si verum delictum subesset, utpote quod sine injuria non committitur. *L. 1. L. 5. C. L. Corn. de Sicar. L. 31. ff. Leg. Aquil.* Atque hinc verba *d. l. 1. noxia autem est ipsum delictum*, se referunt ad verba præcedentia, *quod noxiam*, i. e. damnum, *commisit*. Ut proinde delictum & damnum hic sint Synonyma: Sane de vero delicto JCtum intelligi non posse, vel ex eo apparet, quod mox in §. 3. ipse asserat, pecus injuriam facere non posse, quod sensu caret. Denique vis vocis quoque non obstat, quo minus

nus

nus noxia pro damno seu facto damnoso accipi possit: *noxium* enim, unde vox *noxia* nata est, generale verbum est & omne factum comprehendit quo nocetur.

OBSTAT (4) pœnam tamen aliquando irrogari brutis, uti cum lege Mosis in Sodomiæ crimine bestia quoque comburi jubetur:

RESP. Id non fit in pœnam, sed ne memoria & offensa horrendi criminis inter homines versetur: Ita si ex legibus Romanis bestiæ, quæ damnum dedere, noxæ deduntur, pœnæ loco id est, nec ob delictum bestiæ id statuitur, sed ex singulari æquitate, quia magis imputatur domino, quod talia animalia vitiosa habuerit. *L. 1. §. 8. & 11. ff. Si quadr. paup.*

Qv. VI. *An detur jus aliquod divinum forense, seu positivum universale quod omni humano generi latum sit?*

Grotius id affirmat *l. 1. c. 1. §. 15.* & ex hoc jure positivo Universali plurima jura deducit, quæ ex suo juris naturalis principio *Societatis nimirum humanæ custodia*, non sequebantur: Atque hanc sententiam postea omnes fere interpretes Grotii suam fecere: Referri ad hoc Jus solent (1) præceptum de non esu sanguinis, (2) lex de Sabbatho, (3) jus decimarum, (4) incestus prohibitio, (5) crimen Sodomiæ &c.

Dissent. Laut. p. 6. verb. *estque hoc vel universale.*

Ego in commentario ad Grotium demonstrabo, tale jus positivum universale toti humano generi revelatum, & NB. a Jure naturæ distinctum non existere, (1) quia talis revelatio universalis non apparet, & ab allegante probari debet, (2) non sufficeret revelatio illa universalis ad successores obligandos, sed & his revelari deberet (3) Si de tali universali revelatione constaret, non differret a jure naturali, utpote quod nihil aliud est, quam voluntas Dei, sive verbis sive factis humano generi declarata. Sed & (4) certum est, omnia jura, quæ ad jus hoc positivum universale referuntur, (lege de Sabbatho & decimis excepta) vera naturæ jura esse: Lex enim *de non edendo sanguine*, loquitur de sanguine idoli, adeoque de cultu sacrificiorum gentilium. *vid. Levit. 3. v. 17. c. 7. v. 23. 25. & 26. c. 17. v. 10. Deut. 12. v. 6.* quæ prohibitio sequitur ex ratione naturali, sed & prohibitiones *incestus* & *Sodomiæ* ex ipsa naturæ ratione fluere in explicatione juris gentium ad ductum Grotii demonstrabimus: Legem autem de *Sabbatho* & de *decimis* non esse universalem, videbimus *ibidem*.

Qv. VII. *An recte Jus Gentium dividatur in primævum & secundarium?*

Equidem ex doctrina JCtorum Romanorum hæc differentia ſequi videtur, quod ibi *duae* inveniuntur *definitiones Juris Gentium*, quæ differentiam quandam neceſſario inferre videntur.

Ita enim a JCtis in Pandectarum corpore *Jus Gentium* definitur, *quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, L. 9. ff. de Juſt. & jur.* vel quod idem eſt, quod divina quadam providentia conſtitutum eſt, *§. p. Inſt. J. N. G. & C.* & apud omnes gentes peræque obſervatur ac immutabile eſt. *dd. ll.*

Alio vero modo Imperator Juſtinianus definit *Jus Gentium*, *quod nimirum Uſu exigente & humanis neceſſitatibus gentes humanæ inter ſe conſtituerunt. §. 5. Inſt. de J. N. G. & C.*

Ex ipſa inſpectione harum definitionum apparet, *priorem* ipſum Deum, rationem, ſeu divinam providentiam Autorem Juris Gentium facere, *poſteriorem* vero ſtatuere, jus illud a gentibus, communi placito, propter mutuas neceſſitates ſtatutum eſſe: Unde interpretes prius vocarunt *Jus gentium primævum*, poſterius vero *Jus gentium ſecundarium.*

Ego omne Jus Gentium primævum eſſe puto, neque jus aliquod gentium ſecundarium, *quod ſcilicet gentes inter ſe ob mutuas neceſſitates conſtituere*, exiſtere, ſed figmentum hoc ex errore Triboniani ortum eſſe ſtatuo, idque ſequentibus ex rationibus:

Nam (1) Jus hoc prætenſum Gentium, nititur conſenſu gentium, ſupponit gentes humanas *inter ſe conveniſſe* & in utilitatem magnæ illius civitatis jura quædam *conſtituiſſe:* At (2) talis conſenſus univerſalis gentium neque exiſtit, neque unquam probari poterit: Is enim vel expreſſus exſtare debet, vel tacitus; expreſſe humanas gentes nunquam conſenſiſſe omnes fatentur, quia non conſtat, gentes tale commune concilium indixiſſe, vel de ſtatuendo jure univerſali unquam deliberaſſe, ſupereſt igitur, ut ex tacito conſenſu jus illud ſequatur; Ad (3) nec de eo conſtat, nec is per naturam probari poterit: Tacitus enim conſenſus non niſi ex actibus inferri poteſt, quando ſc. gentes longo tempore, & frequenter, nullo contrario actu interveniente, quædam invicem agunt. At velim mihi explicari talem actum univerſalem, qui non ex ratione naturali fluat, ſed a gentibus inter ſe perpetuo ita obſervatus fuerit, & ideo vim juris acceperit; Sane pleræque gentes olim vix nomine cognitæ erant, cum quibus nec commercium nec Societas fuit, adeoque nec Jus Gentium voluntarium, quia actus ejusmodi, ex quibus tacitus conſenſus ad conſtituendum Jus gentium neceſſarius inferri debet, non intervenerunt. Adeoque (4) Jus illud gen-

gentium non inter omnes moratiores gentes, sed inter eas saltem locum & usum haberet, inter quas ejusmodi actus frequentes intercessere. Quid si (5) alter ejusmodi actus intercessisse neget, alter affirmet, quis judex erit? Sed & ponamus (6) probari tales actus intervenisse, porro probari debet, animo se obligandi gentes illos actus peregisse: Ex eo enim, quod quis sæpius extraneos reos sepeliri curaverit, aliis gentibus non jus quæritur: Neque agens obligatur tanquam ex Jure gentium, sed id res arbitrii fuit; Quin (7) posito quoque de tacito consensu gentium constare, easque inde obligari, hæc tamen obligatio non constituit *Jus gentium voluntarium*, sed hoc ipsum jus naturale est, utpote quod pacta servare jubet: nihil autem est, an de consensu ex verbis, an ex factis constet. Denique & (8) omnes species, quæ referri ad Jus gentium solent, revera sunt jura naturalia; huc enim pertinent modi acquirendi juris gentium. *Vid. Comment. ad Grot. L. 2. c. 8.* Ad idem Jus naturale pertinet jus sepulturæ & legatorum. *vid. Comment. ad Grot. L. 2. c. 18. & 19.* item jus repressaliarum *ibid. L. 3. c. 2.* sed & ea, quæ Grotius in Jure gentium justa esse ait, ad effectum quendam externum pleraque ex ipso jure naturæ sequuntur: Sic enim juris naturalis est, quod quis hostem suum intra fines necessarios interficere, & res hostiles capere, & vastare possit, etiam ultra debiti quantitatem, uti singulis locis demonstrabimus *in d. Comment. l. 3. c. 4. 5. & 6.* sic porro, quod armis illicitis uti non liceat, quod Principi injuriam agenti resistere nefas sit, quod nemo judex in propria causa esse possit &c. quos actus omnes Grotius refert ad Jus Gentium, id non demum ex Jure Gentium est, sed ex ipso Jure naturæ, adeoque actus hujusmodi illiciti sunt ex justitia interna, & sic ei, qui illos actus punit, non tantum impunitatem præbent, seu effectum externum, sed & in conscientia tutum reddunt, quod itidem suis locis videbimus.

Sed & (9) JCtis Romanis penitus incognitum est totum Jus Gentium voluntarium: Equidem Ulpianus distinguit Jus *naturale* a *Jure gentium*; sed ex ipsa definitione apparet, Jus naturale ibi pro naturæ motu materiali sumi, eoque sensu inter gentes nullum usum habere, utpote quæ non nisi ex ratione & per rationem obligantur: Unde *Jus gentium*, quod Ulpianus juri naturali opponit, non ex consensu gentium, sed ex ratione fluit, & præterea aliud Jus Gentium, voluntarium, non exstat. Idque probatur ex ipsa definitione Juris gentium, quam refert *Gajus* in *L. 9. ff. de just. & jur. quod enim naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur vocaturque* JUS GENTIUM, *quasi quo jure omnes gentes utuntur.* Unde idem *in L. 1. ff. d. A. R. D.* ait, *quarundam rerum dominium nanciscimur* JURE GENTIUM, *quod ratione naturali inter omnes homines peræque servatur:* Add. *§. 2. & §. p. Inst. de J. Nat. G. & C.* Apparet ex his *Jus gentium* JCtis ex sola ratione naturali oriri (adeo-

(adeoque verum esse Jus naturæ) non vero ex consensu gentium sive tacito sive expresso. Unde JCti Romani *Jus gentium*, ideo quia naturale est, toti humano generi tribuunt: Ulpianus ait, *Jus gentium est, quo gentes humanæ utuntur, & quod hominibus inter se commune est. L. 1. §. 4. ff. de Just. & jur.* & *Gajus in L. 9. ff. Eod. quod vero ratio naturalis inter homines constituit, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque Jus gentium.* Idem in ante allegata *lege 1. ff. d. Acq. rer. Dom.* Jus gentium definit, *quod ratione naturali inter omnes homines peræque observatur.* Certissimo indicio, hanc definitionem non quadrare ad Jus Gentium voluntarium, cui non omnes homines, quin nec moratiores gentes obligantur, nisi quatenus ex actibus mutuis & recteitratis commune aliquod placitum elicitur: Quin ipse *Tribonianus*, qui inepta sua definitione causam errori dedit, fatetur, Jus Gentium *omni humano generi commune esse, §. 5. Inst. d. J. N. G. & C.* quod verum est, si de *Jure Naturæ* intelligatur, i. e. de Jure Gentium primævo, at fallit, si de *Jure Gentium secundario* accipiatur, quia hoc inter paucissimas gentes observatur: Sane Jus illud Gentium, quod JCti Romani statuunt, & quod apud omnes gentes peræque custoditur, *divina quadam providentia constitutum & semper firmum atque immutabile permanet. §. p. Inst. de J. N. G. & C.* At Jus Gentium voluntarium, quod a Doctoribus effingitur, uti communi consensu constitutum est, ita communi consensu etiam tolli & mutari potest. Certissimo indicio, JCtis Romanis tale Jus Gentium voluntarium cognitum non fuisse.

Neque OBSTAT (10) definitio illa Triboniani in *§. 5. Inst. de J. N. G. & C.* in verbis, *Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente & humanis necessitatibus gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt.* Ex hac jam definitione infertur (α) gentes ipsas jura quædam sibi consensu communi constituisse, & quidem (β) ob mutuas necessitates, & exigentiam usus &c. Equidem negari nequit, ex hac definitione communem opinionem de Jure gentium voluntario seu secundario ortam esse, sed eam ipsam definitionem esse vitiosam & a Triboniano inventam, jam probandum erit: Certum autem (1) est, neminem JCtorum Romanorum in Digestorum libris hoc modo Jus gentium definivisse, adeoque ex Triboniani cerebro orta est, qui ut in aliis, ita hic quoque merito suo vapulat: Dictum (2) jam est, JCtis Romanis nullum aliud Jus gentium cognitum fuisse, quam quod ex ratione naturali oritur, quod omnes homines peræque obligat, quod a divina providentia constitutum, & ideo firmum ac immutabile est: præterea autem nullum exstat vestigium Juris alicujus Gentium, quod ex libera voluntate & communi gentium pacto originem ducat, & quod non inter omnes homines, sed saltem plerasque civitates obtineat. Unde contradictio in ipsa definitione continetur: ait enim, *Jus gentium omni humano generi commune esse*, & statim addit, *gentes humanas usu exigente*

jura

jura quædam sibi constituisse, quod non de toto humano genere, sed quibusdam saltem gentibus, inter quas mutuæ quædam sunt necessitates, intelligi potest.

Dixi (3) sanæ rationi contrariari tale jus, quod supponit commune concilium gentium humanarum & universale statutum de communi aliquo jure: Sed & (4) omnia jura, quæ Tribonianus ad Jus Gentium refert, non ex statuto aliquo & pacto gentium, sed ex primis Juris Naturæ principiis sequi, jam demonstrabo:

Primo enim ex hoc jure *bella* ait esse orta. At bella sunt ex Jure Naturæ, uti plenius apparebit ex dicendis *ad Grot. L. 1. c. 2.*

Secundo ait, ex Jure Gentium *captivitates & servitutes* descendere, quæ alias videntur Juri Naturali esse contrariæ: At jus capiendi ac servos faciendi, ex vero Jure Naturali esse, ipse Grotius fatetur: *L. 3. c. 7. §. 1. L. 2. c. 5. §. 27.* ubi id rationibus quoque probabimus:

Atqui Ulpianus expressis verbis servitutes tribuit *Juri Gentium*, non vero *Juri Naturæ*, utpote cum *Jure Naturali omnes homines liberi nascerentur:* anne hic *Jus Gentium a Jure Naturali* distinguit?

Resp. *Jus Naturale* ibi specialissimo sensu sumitur pro instinctu naturæ remoto ab omni ratione, huic motui naturali, adeoque huic legi naturæ, contrariatur servitus, quia contra primum naturæ motum, quo omnes homines liberi nascuntur, subjicitur alienæ potestati: At hæc ipsa subjectio sequitur ex vero Jure Naturæ, quod non ex instinctu, sed per rationem cognoscimus, & quod nos docet, omnia nobis licere, sine quo jus nostrum reparari non potest adeoque & res hostiles ac personas hostium capere: Atque hinc JCti inter modos acquirendi Juris Gentium, quod *ratione naturali* inter omnes homines peræque servatur, referunt *Jus capiendi res & personas hostium, easque in servitutem deducendi: L. 1. pr. junct. L. 7. pr. ff. d. A. R. D.* & *potestas dominica* Juris Gentium dicitur, quia apud omnes peræque gentes vitæ necisque potestas in servos competit, *L. 1. §. 1. ff. d. His, qui sui vel al. L. 4. §. 1. ff. d. stat. hom.* idque ex ratione naturali quoque sequi apparebit ex commentario Grotiano.

Tertio ait, ex hoc Jure Gentium *omnes pene contractus* introductos esse: Certum autem est, causam obligationis, quæ in contractibus est, ex vero Jure Naturæ descendere, ex facultate scilicet, quam homines a Creatore habent de Jure suo disponendi: si proinde sua dispositione jus in alium transferunt, sive emendo, sive vendendo, sive locando, sive conducendo, sive societatem contrahendo, sive deponendo &c. ex ipsa ratione naturali jus, quod ex dispositione alienum factum est, tribui debet ei, in quem translatum est: Unde in *L. 1. ff. d. pactis* dicitur, *nihil tam congruum esse æquitati naturali, quam ea, quæ*

inter homines placuerunt, *servare.* Notanter autem ait JCtus, *omnes pene contractus* esse Juris Gentium, nam quidam contractus causam obligandi Jure Naturæ nullam habent, sed eam demum ex dispositione legis civilis acquirunt.

Ex quibus omnibus (11) denuo concludo, non dari *Jus Gentium voluntarium*, seu *secundarium*, cui Triboniani errorem causam dedisse diximus: Atque hinc existentia hujus juris ab aliis quoque in dubium vocata fuit. Vid. *Pufend. L. 2. c. 3. §. 22. Mastert. L. 1. de just. leg. rom. dub. 9. Corasius in Miscell. Jur. Civ. L. 6. in fin. Doctores apud Selden. de J. Nat. L. 1. c. 5.* & late *Osiand. ad Grot. l. 1. c. 1. th. 14. Obs. 3.*

Qv. VIII. *An Jus recte distinguatur in præceptivum & permissivum?*

Equidem in priori editione affirmativam propugnavi, & omne jus, etiam naturæ, in genere esse vel permissivum vel præceptivum dixi: At re rite perpensa distinctionem hanc JURE NATURAE veram non esse, & Jus permissivum non dari puto.

Nam (1) omne Jus infert obligationem seu necessitatem, agendi vel non agendi, cum qua pugnat permissio, seu libertas agendi vel non agendi. Sane (2) Justitia definitur *constans atque perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi:* Suum autem cuique tribuere semper est necessitatis, nunquam arbitrii, adeoque Jus Naturæ nunquam permittit, sed semper præcipit. Hinc (3) jus a jussu dicitur, & lex a ligando, quæ cum jure permissivo pugnant. Et si (4) libertas illa, vi cujus liberum est hominibus agere vel non agere, *jus permissivum* vocari possit, etiam brutis, quibus eadem libertas natura concessa est, competeret jus permissivum.

Causa erroris ex definitione libertatis orta videtur, nam in hac definitione duo membra sunt, (1) facultas naturalis agendi quicquid lubet; (2) donec quis vi vel jure prohibeatur: priorem statum Doctores dixere jus permissivum, quia homines jus habent hæc agendi vel non agendi: posteriorem jus præceptivum, quia tenentur agere vel non agere:

At hæc ipsa definitio libertatis nullitatem illius distinctionis probat; Nam status libertatis ibi diserte a jure distinguitur; homo enim in libertate naturali constitutus citra legem ex solo naturæ motu agit; & tunc demum jus incipit, cum libertas illa prohibetur, adeoque quando necessitas seu præceptum accedit.

Atqui *Jus* passim sumitur pro *facultate*, seu pro potentia, quæ meram permissionem infert, & res libertatis est: Sane is, qui jus agendi, utendi, fruen

fruendi habet, non agit neceſſario, ſed jure permittente. Unde videtur dari jus aliquod permiſſivum.

Resp. (1) Jus ſæpius improprie a JCtis ſumitur, uti enim aliquando pro loco judicii, aliquando pro cognitione &c. ſumitur, ita & pro libertate ac potentia agendi ſumitur. At cum de Jure Naturæ quærimus, intelligimus tale jus, quo homo homini, quod ſuum eſt, tribuere tenetur: Hoc Jus Naturæ ſemper præceptivum eſt, nunquam permiſſivum.

Major difficultas eſt in eo, quod inter virtutes legis ponatur *permittere l. 7. ff. de Legibus. l. 237. d. V. S.* Verum inde non ſequitur, *Jus* aliquod *permiſſivum* eo ſenſu, quo Dd. id ſtatuunt, qui omnia, quæ libertatis naturalis ſunt, eo referunt, ſed ſingulariſſime *lex permittere* dicitur, quando id, quod jure prohibitum erat, nunc permittit. Res ita ſe habet: Jure naturæ multa ſunt prohibita, quæ ob utilitatem publicam lege Civili permittuntur: ita enim lex marito permittit adulterum & adulteram occidere. Eadem lex permittit militibus excludere liberos a legitima &c. hæc permiſſio legis virtus eſt, neque ad quoslibet actus libertatis naturalis pertinet, ſed ad eos, quibus prohibitio juris antea obſtabat.

Sed & ex hoc ipſo conſtat, *Juris naturalis*, virtutem non eſſe *permittere,* quia id nunquam permittit, quod ante prohibitum erat, adeoque certiſſimum eſt, *permiſſionem* legis eſſe merum effectum Juris Civilis.

Atque hinc recte ait *Grotius L. 1. c. 1. ſ. 9. n. 1. permiſſionem* non eſſe actionem legis, ſed actionis negationem, *niſi quatenus alium ab eo, cui permittitur, obligat, ne impedimentum ponat:* Quanquam tunc non ſit jus permiſſivum, ſed præceptivum, quia alter prohibetur alterius libertatem, ſeu facultatem agendi, turbare.

LIB. I. TIT. II.

DE ORIG. JURIS.

Qv. I. *An fuerit lex regia, & an per eam summa potestas Augusto delata sit?*

Laut. p. 7. verb. Lex Regia.

RESP. Tria hic examinanda veniunt: (1) An unquam Lex aliqua lata sit, per quam populus Romanus Imperium in Augustum contulerit. (2) An imperium illud jure proprio an vero saltem quoad præcipuam administrationis partem in Augustum ejusque successores collatum fuerit. (3) An statim ab initio decretum illud populi & Senatus dictum sit LEX REGIA.

PRIMO igitur certum est, summum imperium Decreto populi & Senatus Augusto delatum esse. Idque *Dion. L. 52. fol. m. 532.* nos docet. *Hoc anno* (scil. U. C. 725.) *vere iterum penes unum hominem summa totius reipublicæ esse cœpit:* Nam victo Antonio, ipse Imperator declaratus fuit, *quo nomine Summa imperii demonstrabatur, quod, patri quoque ejus Julio & filiis erat decretum. Dion. L. 53. f. 565. junct. L. 43. fol. 267.* Unde cum simularet se regno cessurum, maximopere populus & Senatus eum precati sunt, *ut solus Imperii summam gereret*, & tandem argumentis eo compulerant, *ut principatum solus obtineret. Dion. L. 53. f. 574. & f. 580.* Sed & licet administratio provinciarum & quidem ad decennium saltem divisa esset, nihilominus ait *Dion. d. f. 580. re ipsa Cæsarem unum in omnibus rebus plenum Imperium habuisse, quod & pecuniam & milites in sua haberet potestate:* Atque hinc pergit, *continuatis decenniis per totam vitam imperium obtinuisse. d. f. 589. & omne populi Senatusque imperium ad Augustum rediisse. f. 581.*

Atque hactenus nihil singulare obtinuit Augustus, nam & Julius Cæsar victo Pompejo eodem modo ac eadem Autoritate idem imperium tenuit. *Nam ei quoque Imperatoris nomen non antiqua tantum pro consuetudine, quia id alii & ipse quoque sæpius ex bello reportaverant: neque ex ea ratione, quod ei merum Imperium absolutamque potestatem deferrent, Cæsari tribuerant, sed eo modo, quo nunciis, qui summum imperium obtinent, tunc primo Cæsari primum imposuerunt, tanquam ipsi proprium. Dion. L. 43. f. 266.* Imo & filios quoque ejus nepotesque ita nominari jusserant. *ibid.*

Id vero demum Augusto præ Cæsare concessum est, ut *imperatores legibus soluti sint, quod nulli unquam Romano aperte & in omnibus rebus concessum fuisse*, docet *Dion. L. 53 f. 582.* Idque fraude eum Ao. U. C. 730. obtinuisse haud obscure innuit Dion. Augustus enim populo viritim centeneos denarios promisit, at cum negaret, se prius id impleturum, quam Senatus assensisset, *omni*

eum

eum legum necessitate Senatus liberavit. L. 53. f. 591. ubi observandum est, id non de legum necessitate in genere, sed de solennibus saltem legis, vel saltem in hoc actu speciali intelligendum esse, uti alibi probavimus: Hinc

SECUNDO dubium exoritur, An Imperium hoc delatum fuerit Augusto *jure proprio*, an *jure* demum *administrationis:* Ubi præmittendum est, Imperium non ex *potestate agendi* judicandum esse, sed ex *titulo:* Alibi enim diximus, plus aliquando posse administratorem, quam Regem: Cromwelius, sub titulo protectoris Reipublicæ omnia pro lubitu gessit, cum regum potestas per Parlamenta admodum restricta sit.

Dicimus igitur, summam Augusti saltem potestatem fuisse quoad administrationem, ita ut quæ populus per Senatum egit, ea nunc per Imperatorem administraret: Non vero ut ipsum jus imperii in unum Augustum transferre voluerit, uti id posteriores Imperatores postea interpretati sunt: Sane *ante* Decretum hoc, quo Imperatores legibus solvebantur, certum est, nudo officii jure imperatores præfuisse Imperio, quod vel exinde apparet, quia legibus reipublicæ suberant, neque contra leges a republica latas aliquid statuere poterant, unde speciali privilegio eos eximere oportebat. Certum est, Cæsarem imperium sub nominibus, quæ in forma populari reipublicæ multum valuerant, in se recepisse *Dion. L. 53. f. 581.* Unde Consul, Proconsul, Censor, Pontifex ex Decreto Senatus factus est. *f. 582.* & sub his proinde officii nominibus Imperium gessit. *f. 583.* Sed & *post* Decretum illud Augustum administrationem saltem reipublicæ habuisse, adeoque statum popularem fuisse, vel ex eo patet, quod Anno U. C. 731. Senatus novos honores Augusto decreverit, ut Tribunus plebis perpetuus esset. *Dion. L. 53. f. 594.* ubi simul addit, Augustum *in omni re cum Romanis tanquam liberis hominibus* egisse; atque notanter exemplum affert, ubi Tiridatis legatos suarum controversiarum causa Romam venientes, in Senatum introduxit, qui Augusto causæ cognitionem mandavit. *L. 53. f. 594.* Porro An. U. C. 732. Senatus Augustum Dictatorem perpetuum creare voluit, cui tamen summa vi restitit. *Dion. L. 54. f. 596.* Elapso decennio prorogavit Senatus Imperium in aliud decennium, *L. 54. f. 580.* quod decem exhinc annis repetitum legimus apud *Eund. L. 55. f. 631.* & tertio invitum gubernationem reipublicæ recepisse ait *Idem L. 56. f. 674.* Idem Augustus nomen Regis deprecatus est, Dominique appellationem exhorruit, quin edicto publico prohibuit, *Suet. in Aug. c. 52. & 53.* certissimo indicio, Romanos non sub regno, sed liberos fuisse: Regnum enim opponitur libertati, seu statui populari.

Neque Tiberius, Successor Augusti, proprio jure Imperium sibi arrogavit: Nam a Senatu ad Imperium vocatus rogavit hunc, *ne in civitate tot illu-*

illuſtribus viris ſubnixa non ad unum omnia deferrent, plures facilius munia reipublicæ ſociatis laboribus executuros, & mox dixit, *Se ut non toti reipubl. parem, ita quæcunque pars NB. ſibi mandaretur, ejus tutelam ſuſcepturum.* Vid. *Tac. L. 1. Ann. pag. m. 9. Suet. in Tib. c. 28.* qui *c. 26.* ait, *Paulo minus quam privatum egiſſe.* Sed & idem Tiberius ſub titulis officii, tanquam Conſul & Tribunus, geſſit imperium. *Dion. L. 53.* Nomen Imperatoris acceptare noluit. *Dion. L. 57. f. 690. Suet. Tiber. c. 28.* Centurionem, qui Agrippam necavit, rationem facti apud Senatum reddere juſſit. *Tac. Annal. L. 1. p. m. 5.* cuncta per Conſules incipiebat, tanquam vetere republica & ambiguus imperandi: Ne edictum quidem, quo Patres in Curiam vocabat, niſi Tribuniciæ poteſtatis præſcriptione poſuit ſub Auguſto acceptæ: *Tacit. d. f. 5.* Quamdiu vixit Germanicus, ſuo arbitrio nihil aut perpauca agebat, de rebus etiam minutiſſimis ad Senatum referebat: ferebat aliquando ſuæ ſententiæ contraria decreta fieri, *Dion. L. 57. f. 695.* Neque Dominum ſe a libero homine, nec Imperatorem niſi a militibus vocari patiebatur, *d. f. 695. Suet. Tib. c 27.* Patris patriæ nomen plane recuſabat, *ibid.* ſolebat dicere, in civitate libera liberam linguam eſſe debere. *Suet. in Tib. c. 28.* bonum & ſalutarem Principem Senatui ſervire debere *ibid. c. 29.* In genere Senatui conſervavit & Majeſtatem priſtinam & poteſtatem, in omnibus cauſis magni & parvi momenti. *ibid. c. 30.* Quanquam mortuo Germanico plurimum immutatus ſit & exitium Senatus juraverit. *Dion. L. 57. f. 700. ſeq. f. 724.*

Porro nec ſub CALIGULA ſtatus mutatus fuit. Nam eo quoque tempore ſtatus vere popularis, & adminiſtratio ſaltem monarchica erat: Nam ſuffragia quoque, quæ Auguſtus abſtulit populo, reſtituere voluit. *Suet. in Calig. c. 22.* Decreto Senatus irritum Tiberii teſtamentum declaratum & jus arbitriumque omnium rerum illi permiſſum fuit. *ibid. c. 14.* Nihil ad populum aut Senatum reſcripſit, nec Imperatoris nomen uſurpavit. *Dion. L. 57. f. 736.* Etſi mox ita mores regios ſumſerit, ut parum abfuerit, quin ſpeciem Principatus in Regni formam (per Regnum autem jus proprium intelligitur, eique opponitur libertas, ſeu ſtatus popularis) converteret. Adeo autem ſtatus illo tempore fuit popularis, ut cum Conſules, ideo quod obliti fuerant de natali ſuo edicere, abrogaſſet, rempublicam per triduum ſine ſumma poteſtate fuiſſe dicat *Sueton. Calig. c. 26.* hæc igitur non Caligulæ, qui Cæſar erat, ſed Senatui, i. e. magiſtratui populi Romani tribuitur.

TERTIO igitur ex dictis apparet, Decretum illud, quo Imperatoribus arbitrium in omnia collatum eſt, & quo Auguſto, ut legibus ſolutus ſit, indultum fuit, non dictam fuiſſe LEGEM REGIAM, adeo enim voce Regis exhorrebant Romani, ut nec Romuli cognomen Auguſtus rogare auſus ſit, quod ſen-

ſentiret hinc ſuſpectum ſe affectati regni fieri. *Dion. L. 53. ſ. 581.* Unde nomen Regis, Dictatoris, Dominique nunquam ſibi aſſumere voluere Cæſares, uti vidimus.

At cum tanto tempore ſumma illa reipublicæ penes Imperatores continuaret, Senatus autoritas, inprimis ſub Imperatoribus violentia ſua notis, Commodo nimirum, Caracalla, Macrino, Heliogabalo &c. eviluit, & officium, quod nomine reipublicæ gerebant, in jus proprium & regium mutarunt, ac Decreta Imperatoribus ac Auguſto data ita interpretati ſunt, quaſi populus iis omne jus ſuum (quod tamen verum non erat) in Principem transtulerit, eoque jus regium conceſſerit: Atque in hunc ſenſum Decreta illa LEGEM REGIAM dixere: Unde mirum non eſt, Ulpianum, qui ſub Alexandro Severo vixit, ad Legem hanc regiam provocare, *L. 1. ff. Conſt. princ.* Conf. *L. 1. §. 7. ff. vet. jur. enucl.* ac audacter aſſerere, per eam omne jus populi in Principem translatum fuiſſe: nam & Dion Caſſius, qui Ulpiano coævus, ex more illius ſeculi, ſtatuebat, Julio Cæſari Imperatoris nomen a Senatu datum eſſe, non quaſi Duci exercitus, *ſed & eo modo, quo nunc iis, qui ſummum imperium obtinent, tunc primo Cæſari primum impoſuerint, tanquam ipſi proprium.* Atque ex eodem ſeculi illius abuſu refert per ſolum decretum in favorem Auguſti datum, *ut legibus ſolutus eſſet*, & ea, quæ relata ſunt, & reliqua etiam omnia agendi licentiam Imperatoribus datam, ait *Dion. d. ſ. 582.* ita ut vere cum plena poteſtate perfecteque ſui juris, legibusque ſolutus agere aut non agere omnia ſuo poſſit pro arbitrio. *d. l. ſ. 591.*

Certum ergo eſt, *Legem regiam*, qua Jus regium, ſeu jus propriæ poteſtatis, in Imperatores collatum ſit, non exiſtere, ſed ſub poſterioribus Imperatoribus, qui vi magis quam jure imperium tenebant, ex falſa interpretatione nomen Legis regiæ ortum eſſe, quod vel exinde apparet, quia nec diadema hactenus, (inſigne regium) in uſu apud Romanos fuit, & primum ab Aureliano adhibitum eſt. *Vopiſc. in Aurel.* Unde verum non eſt, quod *Gothofredus ad L. 1. ff. Conſt. princ.* ait, fragmenta hujus legis regiæ adhuc Romæ supereſſe.

Neque OBSTAT, quod ipſe Auguſtus ſe ſtatum reipublicæ mutaſſe, novæque reipublicæ fundamenta jeciſſe aſſerat, *Suet. in Aug. c. 28.* quod ex Hiſtoria conſtet, Imperatores omnia pro lubitu egiſſe, quin promiſcue in rempublicam ſævitſe: quod exemplis Tiberii, Caligulæ, Neronis, Commodi, Domitiani &c. probatur:

Nam RESP. Auguſtum *adminiſtrationem*, non ipſum ſtatum reipublicæ mutaſſe, vidimus; nam cum antea plures rempublicam adminiſtrarent, ſumma ejus nunc penes unum fuit, nec alia ab initio mens populi fuit, quam quod

primæ

primæ partes in republica salva summæ potestate populi Augusto delatæ fuerint, qui, uti dictum jam est, Imperium exercuit non proprio, sed Consulari, Tribunitio ac Pontificio jure, qui tituli officiorum erant. Quod vero Imperatores abusi sint sua potestate, inde non sequitur, jus proprium ipsis competiisse, non magis quam tutoribus, qui res pupilli male administrant: sed eo magis culpandi, quod re aliena, cujus administratio saltem ipsis commissa erat, abusi fuerint: Unde etiam aliquando Senatus de ejusmodi Imperatorum actis cognovit, sane legimus, contra Neronem mortuum Senatum decrevisse. *Suet. in Ner. c. 49.*

OBSTAT porro, quod *Dion. L. 53.* Imperatores *omni regia potestate præditos* dixerit, & de populo, fieri non posse, quin Romani in regno sint. *Add. pr. Libr. 52. Romani iterum exacte regno subjecti esse cœperunt, licet detrectent regis nominis invidiam*, hinc αὐταρχίαν eorum imperium vocat: *Idem Libro 60. Decreverunt Claudio summam potestatem.* Senatus declaravit, Augustum habere liberum jus & sui & ipsius legem. Expressius eodem SCto jus datum Augusto scribit *facere quæcunque vellet, nec quod nollet, ad hoc teneretur*, & quod liberi ab omni necessaria lege &c. *Vid. Huber. Prælect. 1. 4. Bœckelm. ad tit. de Leg. ff. pag. 28. Struv. Ex. 2. th. 24. ibique evol. Salmasius* ait intelligi demum leges civiles, alii intelligi vim coactivam. Rectius dicimus, *Dionem* juxta principia sui seculi, ubi Cæsares Usurpatione summum imperium absolute, & jure proprio tenebant, legem illam, quo Augusto aliisque imperium concessum erat, interpretatum esse; Eo enim tempore, ubi 200. & ultra annis Cæsares vi omnia obtinuerunt, sacrilegium fuisset, de jure proprio Cæsarum dubitare: Adeoque ex *Dione* nulla ratione probari potest, 200. ante annis omne jus populi in Principem translatum esse.

QV. II. *Qualem responsa JCtorum hodie habeant autoritatem?*

Laut. p. 7. verb. *Similiter JCtorum.*

RESP. Probabilem tantum, non plenam, quia JCti hodie non constituunt jus, sed secundum jus constitutum pronunciant: hinc cautum est in *R. J. Nov. §. 96.* ne in Camera consilia jurisperitorum sive in referendo, sive in suffragiis pro norma habeantur: Non tamen omni carent effectu, nam (1) reddunt judicem securum, ita ut non teneatur pœna male judicantium, *Dn. Stryk. Us. Mod. §. 9 h. Phil. Us. Pr. Inst. Lib. 1. Ecl. 23. & 24.* (2) Litigantes, consilium (vel facultatis, vel duorum Doctorum, vel unius excellentis & religiosi, *Stryk. h. t. §. 10. Gail. 1. O. 152. n. 6. Prukman. V. 2. c. 18. n. 157.*) pro se habentes, non habentur pro temere litigantibus, nec in expensias condemnari possunt. *Berl. part. 1. concl. 78. n. 25. & 31.* Quod tamen fallit, si per falsa narrata Responsum obtentum sit.

Ali-

Aliquando tamen hodieque Reſponſa hæc plenam juris autoritatem habent; uti (1) ſi ad integra acta conſenſu partium petitum ſit reſponſum, tunc enim partes obligantur tanquam ex compromiſſo. *Dn. Stryk. d. l. ſ. 7.* (2) Si lege diſponitur, ut in cauſis dubiis judicium JCtorum requiratur; ut in *Ord. Crim art. 91. 104. 128. & art. 136. Stryk. d. l.* vel (3) Si transmiſſio actorum in judicio recepta eſt, ut in Pomeriana, Saxonia &c. *Bocer. claſſ. 6. Diſput. 3. th. 6. Phil. U. Pr. L. 1. Eccl. 24. num. 71.* His omnibus caſibus adeo judex huic JCtorum ſententiæ adſtringitur, ut ſi dubia ſit, nec interpretari illam poſſit, ſed ab iisdem JCtis declarationem petere debeat. *Dn. Stryk. d. §. 7.*

LIB. I. TIT. III.

DE LEGIBUS SENATUSCONS. ET LONG. CONS.

Qv. I. *An Æquitas ſit diſtincta a Jure ſcripto?*

Æquitas non eſt diſtincta a Jure, ſive ſcripto, ſive conſuetudinario. Nam illa vel verbis legis, ipſique ſcripto juri ineſt, & erit æquitas ſcripta: vel ex ratione & æquitate naturali contra legem infertur, & tunc erit æquitas non ſcripta. Quæ tamen ſi ſcripto confirmatur, incipit eſſe pars juris ſcripti. *Vid. d. L. ult. pr. de Min. L. 1. pr. de Conſt. pec. &c. Junct. ſ. 3. & 7. de J. N. G. & C.*

Laut. p. 8. verb. Scriptum &c.

Origo autem differentiæ inter æquitatem & jus ſcriptum Reipublicæ & ſtatui Populari tribui debet: Ibi enim acceptis Legibus 12. tabb. mox animadverſum eſt, has leges ſcriptas nec ſufficere decidendis cauſis, nec in omnibus genuinis juris & æquitatis fontibus convenire. Hinc ergo JCti & prudentes ejus interpretationem ſuſceperunt, quorum opiniones & ſententiæ, ex ratione & æquitate naturali deſumptæ, uſu atque moribus juris autoritatem obtinuerunt: Quin adeo prælatæ ſunt juri ſcripto, ut nec Judici ab eis recedere licuerit: & hoc jus demum ſpecialiter Jus Civile dictum eſt, *d. l. 2. §. 4. 5. 12. & f. de Orig. Jur. ſ. 9. de J. N. G. & C.* Unde mores & Jus Civile promiſcue ſumuntur. *l. f. C. Inoff. donat.* & infr. *tit. de donat.* Augebatur poſtea jus ſcriptum ex Legibus populi, Senatus Conſultis *ſ. 5. Inſt. J. N. G. & C.* & plebiſcitis *ſ. 4. eod.* Sed, & ſi hic quoque aliquid, quod per plures conſequentias inde inferebatur, durius videbatur, æquitate illud temperari poterat. Atque hæc æquitas ſcripto ſeu ſtricto juri itidem oppoſita, eique prælata fuit: Hinc

Hinc jam est, quod Prætores secuti æquitatem naturalem contra Jus Civile plurima constituerint. *arg. L. 1. pr. d. Min. L. 1. pr. de Const. pec. &c.* Quin usu contrario sæpius rigor ille mutatus fuit, ut in *L. 7. §. 5. in f. A. R. D.*

Sed in statu Regio, & succedentibus Imperatoribus, qui proprias constitutiones dederunt, & jus prætorium perpetuum fecerunt, illa facultas de æquitate juris judicandi ad solos Imperatores pertinuit, *per text. express.* in *L. 1. C. de LL.* & ita *Paulus* ait: *quod, quoties æquitate desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur:* JUSTIS DECRETIS *res temperanda sit.* Ita *Ulpianus* ait de lege dura Imperatoris, *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est, L. 12. §. 1. Qui & a quibus.* & *Modestinus* ait, *sententiam contra juris rigorem datam, valere non debere. L. 19 ff. de Appell.* Nam Crimen Majestatis incurrit ille, qui de æquitate ejus, quod Princeps constituit, dubitat *L. 5. C. de Crim. Sacr. L. 5. C. de divers. rescr.* Hinc etiam Augustus JCtis reliquit tantum facultatem de jure respondendi (non ergo prætextu æquitatis ab eo recedendi) *L. 2. §. f. ff. de O. Jur.*

Unde porro constat, falsum esse Dd. sententiam, æquitatem juri scripto præferendam esse, *Treutl. disp. 1. th. 2. l. 6. Struv. Evol. ad ex. 2. th. 44. q. 2.* Hodie sane judices secundum legis scripti rigorem, nulla vero ratione ex æquitate jus dicunt: bene *Augustinus c. 3. dist. 4. Tamen cum fuerint institutæ & firmatæ, non licebit judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas.* Conf. *dict. L. 1. C. de LL.*

QV. II. *An Scriptura sit de essentia Juris scripti?*

Laut. p. 8. verb. quod expressa.

NEG. (1) quia nullibi scriptura requiritur; nam sola voluntas Principis legem facit, *L. 1. pr ff. de Const. Princ.* solumque judicium populi, *L. 32. ff. de Legib.* Idque verum est (2) etsi nunquam scriptura innotescat; nam ita apud Lacedæmonios omne Jus Scriptum memoriæ mandabatur. *§. 11. Inst. de J. N. G. & C* (3) apud Romanos ut primum lex ad populum lata erat, & ad rogationem responsum *volumus, jubemus*, lex erat, etiam antequam scriptis comprehenderetur. *§. 4. Inst. de J. N. G. & C.* quia (4) voluntas exprimi æque *per præconem* ac *scriptis* potest. Nam (5) Scriptura accedit saltem, ut eo facilius jus innotescat, atque ideo solet adhiberi in latis magnisque Imperiis, uti apud Romanos, & hodieque in nostro Imperio, non vero ubi & pauci cives & paucæ leges sunt, uti apud Spartanos &c.

OBJ. (1) *§. 9. & §. 10. Inst. de Jur. Nat. Gent.* ubi ipse Imperator differentiam inter *jus scriptum* & *non scriptum* in eo constituit, quod *illud* ex more Atheniensium fluxerit, qui omnes leges in scripto habebant; *hoc* ex more Lacedæmoniorum, qui leges memoriæ mandabant.

RESP.

Resp. Nomen quidem juris ſcripti & non ſcripti ab illarum civitatum moribus deſumſit, non vero rem ipſam, ſententiam, ac formam.

Obj. (2) *§. 11. de R. D.* ubi civilia jura tunc demum orta eſſe dicuntur, ubi leges SCRIBI cœperunt.

Resp. Scribere nihil aliud eſt, quam Sancire; Sed & recte hæc vox adhibetur ab eo, quod plerumque fit, plerumque enim ſcribuntur leges.

Obj. (3) quod ipſa vox *juris Scripti* ſupponant ſcripturam;

Resp. præterea, quod ſcribere nihil aliud ſit, quam ſancire; vulgo notius eſt, quod argumenta a voce in jure nihil probent.

Obj. (4) Quod lex dicatur a legendo, legi autem non poteſt niſi quod ſcriptum eſt; Verum hoc ipſum eſt, quod dubitatur, an lex a legendo, anne potius a ligando dicatur. Sed & argumenta deſumta a nomine in jure non admittuntur.

Hæc quoque eſt communis Dd. ſententia. Vid. *Phil. Uſ. Pr. Inſt. L. 1. t. 2. Ecl. 7. Berens Diſp. Acad. quæſt. 9. Struv. Ex. 2. §. 2. &c.* Atque Rotam Romanam decidiſſe, absque Scriptura videlicet conſtare legem, ex Hillig. *in Donell. Enucl. L. 1. c. 8. l. B.* probat Phil. *d. l.* Quanquam tutius ſit, inprimis in vaſto Imperio ſcripturam adhibere, ut eo facilius ad hominum notitiam perveniat. *Phil. d. l. num. 6.* Atque hæc quoque ratio eſt, cur in Imperio noſtro leges typis excudi ſoleant, uti ratio allegatur in *R. I. de An. 1521. §.* Es ſollen auch.

Qv. II. *An promulgatio ſit de eſſentia legis?*

Resp. Promulgatio non pertinet ad eſſentiam legis, quæ ſola voluntate Principis, vel populi liberi, abſolvitur, *L. 1. pr. ff. Conſt. Princ. L. 32. §. 1. ff. de Leg. l. 10. ff. de Conſt. Princ.* Uti ſtatutum municipii eſt, ſimul ac municipium decrevit. *L. f. ff. Decret. ab ord. fac.* ſed ad effectum obligationis, quæ nulla eſſe poteſt, niſi ad notitiam quoque lex pervenerit. Hinc in *d. l. f.* pœna decreto ſtatuta non obliget niſi ſcientes. *Conf. ſup. t. 3. q. 1. & 2.*

Laut. p. 8. verb. *quod expreſſa.*

Qv. III. *An Jus ſcriptum obliget, etſi a ſubditis non obſervetur?*

Affirm. (1) quia debet obſervari, cum hæc ſit intentio legislatoris, ut obſervetur: Neque (2) in arbitrio privatorum eſt, juſſum ſuperioris non obſervare; nam (3) hoc ipſo nova lex priori contraria ſtatueretur, quod non niſi a ſuperiore fieri poteſt. (4) Probatur id porro ex *L. 32. §. 1. h. t.* verb. *judicio populi receptæ ſunt.* Sed & (5) in *J. Can. diſt. 4. Can. 3.* diſponitur, *ne,*

Laut. p. 8. verb. *obſervant.*

si leges fuerint constitutæ & firmatæ, *liceat judici de illis judicare, sed secundum ipsas.*

Obj. (1) *arg. L. 32. pr. h.* ibi: *de quibus causis scriptis legibus non utimur.*

Resp. non hic sensus est, quod dentur scriptæ leges, etsi iis non utamur: sed quod, ubi leges scriptæ non sunt, atque deficiunt, uti debeamus consuetudine & moribus.

Obst. (2) *d. L. 32. §. 1.* ubi requiritur, ut RECEPTÆ sint.

Resp. recipiuntur judicio populi in momento, quo leges ad populum feruntur, hic ergo receptio non denotat observantiam, sed ipsam constitutionem legis.

Atque hæc ita non tantum de legibus scriptis, sed etiam de statutis late asserit *Carpz. part. 2. decis. 101.* atque binis responsis confirmat *n. 19.* Etsi enim initio *n. 3. & seq.* observantiam adeo requirat, ut *aliter illa statuta non valere, &, qui observare recusant, transgressores* non esse, asserat: tamen revera nobiscum sentit, dum ait: *statuta vi promulgationis nos obligare, n. 16. n. 18. n. 19.* atque *pro observantia statuti præsumendum esse, n. 17.* & tandem rationibus quoque demonstrat; *non ab Observantia demum ac Usu momentum obligationis petendum esse n. 20. & seq.* hanc solam addit limitationem, *nisi pars adversa desuetudine abrogatum probet, d. n. 16.* quæ & vera est, & nostræ quoque sententiæ congrua.

Qv. IV. *Quia lex fertur in legislatoris subjectos, an etiam in clericos & in legatos feratur?*

Laut. p. 8. verb. subjecti.

De CLERICIS id evidentissime ex omni Jure Naturali, Gentium, Civili, Canonico &c. demonstravit *Dn. Par. in Disp. de Fundat. in territ. potest. tit. 3.*

Quæ objiciuntur, ibidem solidissime declarata sunt. *d. tit.*

De LEGATIS ex ipsis Naturæ rationibus id evicit *Dn. Par. in Disp. de Legato Sanct. non Imp.* Gentiumque exemplis id probavit; Add. *d. Disp. t. 2. §. 10.*

Qv. V. *An Princeps legibus a se latis obligetur?*

Laut. p. 8. verb. Non etiam ipse.

Varie distinguunt Doctores: plerique in eo conveniunt, Principem obligari, quoad vim directivam, i. e. in conscientia, non vero quoad vim coactivam, i. e. ad eum effectum, ut cogi possit. *vid. Laut. h. Limn. de jur. publ. L. 2. c. 8. n. 45. Fachin. Contr. L. 11. c. 2. Wurmf. Ex. 3. q. 1.*

Equi-

Equidem cum hic de Principe quæratur, qui jure proprio imperium tenet, qui ipſe leges pro utilitate reipublicæ ſtatuit, tuto aſſerimus, Principem nec quoad vim directivam legibus a ſe latis obligari: Idque ex naturali ratione, quia leges tantum feruntur inferiori a ſuperiore, *L. 4. ff. recept. arb. l. 3. & l. fin. Eod.* At Princeps ſe ipſo nec ſuperior eſt nec inferior: & cum alius eſſe debet, qui imperat, alius cui imperatur, alius qui cogit, alius qui cogitur, *L. 13. §. 4. ad SC. Treb.* in una perſona hæc concurrere nequeunt: Unde regula eſt, quod nemo ſibi ipſi legem dare poſſit. *d. l. 13.* Sed & poſita illa diſtinctione, ſequeretur prædonem quoque legibus ſolutum eſſe, nam ille quoque cogi non poteſt.

At Jure Romano non immerito de eo dubitatum fuit: quia Principes, ſeu Cæſares, non jure proprio imperium tenebant, ſed jure adminiſtrationis: Status erat popularis, & NB. Leges a Senatu populoque ferebantur: Hinc merito quæſitum fuit, an Princeps legibus ſolutus ſit?

Sane ex natura ſtatus Romani dicendum eſt, Cæſares legibus in genere ſolutos non fuiſſe; quod late probavimus *tit. præced. q. 1.* & vel ex eo ſolo conſtat, quia Cæſares leges non tulerunt, ſed populus & Senatus, adeoque quæſtio ibi plane non erat, an legibus A SE latis (quia jus legum condendarum non eorum, ſed populi & Senatus erat) obligari poſſint: At cum Cæſares longa ſerie continuaſſent, cum non a populo amplius, ſed a militibus Imperatores crearentur, adeoque autoritas Senatus ac populi evileſceret, decreta illa, quibus privilegia quædam Cæſaribus conceſſa fuere, pro *lege regia* venditabant Imperatores, iisque omne jus imperii in Principes translatum ſtatuebant, atque Scriptores ejus temporis, auram aulæ captantes, hunc loquendi morem ſecuti ſunt: uti ex *Ulpiano*, *Dione &c.* vidimus: Cum ergo Imperatores publice id prædicarent, nec populus aut Senatus contradiceret, ex tacito populi conſenſu jus proprium imperii ſibi quæſivere Cæſares, & ex hoc tempore igitur dicendum eſt, Cæſares legibus civilibus etiam quoad vim directivam ſolutos fuiſſe.

Hodie leges in Imperio Romano Germanico non fiunt ſola voluntate Imperatoris, ſed conſenſu Statuum, & ſic per modum conventionis atque contractus, ut id prolixe tum a *Dn. Par. in Jur. Publ. c. 7. §. 11.* tum in publice editis ſcriptis de *Jure exequendi Circulorum* demonſtratum eſt: adeoque ab illis recedere Imperator nequit. Add. *Dn. Stryk. U. M. h. ſ. 9* & *Laut. p. 11.* Idque non tantum verum eſt de legibus circa jura publica imperii, ſed & circa jura privatorum ſtatutis, utpote cum eadem ſit ratio, & illa quoque communi conſenſu ſint ſtatuta: quicquid diſſentiat *Struv. Ex. 2. th. 10.*

Status in suis terris vi superioritatis territorialis leges condunt, & si soli id faciunt, (uti regulariter possunt. Vid. *Dn. Par. Jur. publ. c. 13. § 4.*) eis non obligantur, si vero cum consensu der Land-Stände, omnino eis tenentur. Conf. *Struv. d. Exerc. 2. th. 10. ibique Muller. l. d.*

Qv. VI. *An Augusta sit soluta legibus?*

NEG. At Princeps eadem illi tribuit privilegia quæ ipse habet; *L. 31. ff. de Legib.* hinc privilegia fisci etiam Augustæ tribuuntur *L. 6. §. 1. de J. fisci.* Conf. *L. 3. C. de Quadr. præscr.*

OBST. *L. 57. de Legat. 2.* ubi legatum Augustæ sub conditione relictum, deficit si ea præmoriatur, secus ac in Augusto. *L. 55. Eod.* Ergo non videntur habere æqualia privilegia.

RESP. (1) Ratio differentiæ hæc est, quod legatum Augusto relictum, reipublicæ, quam ipse repræsentat, relictum videatur, cum vero hæc nunquam moriatur, semper debetur legatum, licet persona Augusti sit exstincta. *d. l. 56.* Quod vero Augustæ relinquitur, non reipublicæ, sed tantum personæ ejus relictum videtur, quæ successorem in officio non habet, adeoque ea præmoriente necessario deficit quod ei relictum est. *d. l. 57.* Proinde apparet (2) Non simpliciter id verum esse, quod omnia privilegia Augustæ quoque sint communicata, nam id verum saltem est de privilegiis circa jura privata, atque circa immunitates, non vero circa jura publica, quæ ipsi majestati cohærent, nam non condit leges &c.

Hinc hodieque Augusta subest jurisdictioni imperio & legibus sui Mariti: & ab illo solo in illam animadverti potest: Uti passim exempla exstant. Ast non subest judicio Comitis Palatini, uti putat *Buxtorf. ad A. B. th. 77. lit. B.* cujus rei rationem explicat *Dn. Par. in Jur. Publ. c. 16. §. f.*

Qv. VII. *An leges post duos menses obligent ad scientiam & obedientiam?*

Laut. p. 8. verb. *post duos.*

AFFIRM. Nam non statim lex ad notitiam subditorum pervenit, proinde, ne ignari circumveniantur, aliquod tempus indulgendum eis est, quod Imperator definivit numero duorum mensium. *Nov. 66. c. 1.*

EXCIPE, si Imperator in specie alium terminum legi præfigat, uti 30. dies constituit in *Nov. 130. c. 1. & c. 32. de præbend. in 6.* & tres menses in *Nov. 58. Christin. Vol. 2. dec. 52. n. 5. Franch. decis. 360.* Vel si adeo longe absens fuerit, ut probabiliter ad ejus notitiam non pervenerit; modo justam absen-

absentiæ causam probet, *Christinæ. Vol. 2. dec. 52. n. 3.* ubi ita sæpius judicatum refert. Et *Faber in C. L. 1. t. 5. def. 3.*

Obj. quod illa *Nov. 66.* loquatur saltem de testamentis.

Resp. ex identitate rationis & communi Dd. sententia extenditur ad omnes alias constitutiones. *Phil. U. Pr. J. L. 1. Ecl. 11. n. 5.*

Illud bimestre spatium hodieque in dubio in foro observari tradit *Dn. Stryk. U. M. h §. 15.* & prolixe *Christin. Vol. 2. dec. 52. per tot. Franc. Marc. Vol. 2. decis. 247.* & in Saxonia expressa constitutione Joh. Georg. II. introductum refert *Phil. U. Pr. Inst. L. 1. Eccl. 11. n. 16.*

Si tamen probetur saltem imposito juramento, cives ante duos menses legem scivisse, omnino ei tenebuntur. *Vinn. ad §. 3. Inst. de J. N. G. & C.* Vid. *supr. quæst. 2.*

Qv. VIII. *An jus feratur tantum de casibus futuris, an etiam de præteritis?*

Resp. Regulariter tantum de futuris, nam in præteritis jus jam quæsitum est subditis, quod nec Princeps auferre potest, *L. 7. C. h.* *Laut. p. 8. verb. Objectum.*

Exc. 1. nisi pendeat negotium, & nominatim lex de eo loquatur. *L. 7. C. h.*

2. Nisi saltem interpretatio fiat antiqui juris nam qui interpretatur, nihil mutat.

Atque ita praxis servat, uti præjudicia sunt apud *Gail. L. 2. Obs. 6. per tot.* Quod vero hodieque Princeps ex plenitudine potestatis, durch einen Machtspruch, jus subditis quæsitum auferre possit, commentum est, & late refutatum a *Dn. Par. in J. Publ. c. 39. §. 20. & Disp. de Imp. in par. §. 8. & sq. Conf. tit. seq. qu. 11.*

Qv. IX. *An leges civiles obligent in conscientia?*

Varie hic Dd. distinguunt, uti videre est apud *Struv. Ex. 2. §. 13. & sq. Treutl. D. 1. th. 6. l. D.* Vera sententia est, quod omnino obligent in conscientia, quia Jus Naturæ, quod præcipit obedire magistratui, etiam præcipit obedire ejus præceptis, nam leges magistratus non videntur sancita hominum, sed ipsius Dei, utpote qui magistratum vice sua esse jubet, uti loquitur Apostolos *ad Rom. 13.* *Laut. p. 8. verb. etiam per indirectum.*

Obj. Quod Magistratus non habeat vim in conscientiam:

Resp.

Resp. Neque etiam magiſtratus vi ſua conſcientiam adſtringit, ſed quia Deus obedientiam magiſtratui ejusque præceptis præſtandam nobis injungit.

Qv. X. *Quot, & qualesnam actus ad conſuetudinem introducendam requirantur?*

Laut. p. 9. verb. publica actuum freq.

Resp. Sufficiunt duo actus, nam quoties in genere plures actus requiruntur, ſufficiunt duo, ita jus codicillorum ex duplici exemplo ortum eſt, *pr. Inſt. de Codicil.* & bis delinquens conſuetudinem contraxiſſe dicitur *L. 3. C. de Epiſc. aud.* ita praxis quoque habet. *Carpz. p. 2. conſt. 3. def. 22. n ult. Muller. ad Str. Ex. 2. th. 20. l. z.* Aliquando tamen unus actus adeo illuſtris eſſe poteſt, ut ille ſolus ſufficiat ad conſuetudinem introducendam, quanquam id rarius contingat.

Actus autem illi non debent neceſſario eſſe judiciales, ſed ſufficit extra judicium ita ſolitum atque conſuetum eſſe, ſufficit enim de conſenſu populi vel Principis conſtare, *Hunn. L. 1. tr. 1. qu. 26. Struv. Ex. 1. ſ. 20.* etſi autem ex rebus perpetuo ſimiliter judicatis conſuetudo probetur *in L. 34. & L. 38. de Leg.* non tamen eo ipſo excluduntur alii modi probandi. *Hunn. d. l. Muller. d. l.*

Qv. XI. *Quantum tempus requiratur ad introducendum conſuetudinem?*

Laut. p. 9. verb. diuturnitas temporis.

Resp. *Alii* 10. vel 20. annos requirunt, quia hoc eſt longum tempus, propter *L. 35. ff. de legib. junct. l. 1. in f. C. de Uſuc. transform.* &c. *Coler. de Proc. Exec. part. 1. c. 3. n. 28. & part. 1. dec. 21. n. 28. & part. 1. dec. 21. n. 1. Gail. L. 1. Obſ. 31. Alii* 30. vel 40. annos, utpote quod tempus proprium eſt rebus incorporalibus adeoque & conſuetudini. *Alii* immemoriale tempus i. e. 100. annos requirunt, *arg. l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* junct. *L. f. C. de Sacroſ. Eccl.* & *arg. L. 32. ff. de Legib.* junct. *L. 2. §. 1. ff. de aqua pluv.* denique ex *L. 3. ſ. 4. de Aqua quot.* Vid. *Hunn. L. 1. tr. 1. qu. 24. Bald. lib. 5. conſ. 349. n. 2. Gail. d. l.*

Verius tamen eſt, certum tempus in jure definitum nec eſſe, nec definiri potuiſſe, nam actus illi aliquando una die & uno menſe reiterantur, aliquando vix in anno, adeoque hoc ſimpliciter arbitrio judicis relinquendum eſt, an tot ſint actus, & an tantum temporis præterlapſum ſit, ex quo conſuetudo & tacita voluntas elici poſſit. *arg. L. 1. ſ. fin. ff. de Jur. delib.* Atque hæc quoque eſt ſententia *Laut. h. Menoch. de Arbitr. jud. quæſt. L. 2. cent. 1. caſ. 83. n. 6.* & *Carpz. part. 2. Conſt. 3. def. 21.* (ubi tamen in Jure Saxonico triginta annos, annum & diem requiri ait, *d. def. 21. n. 5.*) quæ communis opinio dicitur *Gail. L. 2. obſ. 31. n. 13. & 14. Panorm. in c. f. de conſuet. n. 5.*

Qv. XII.

Qv. XII. *An consuetudo in scripturam redacta incipiat esse jus scriptum?*

NEG. (1) quia deficit essentia juris scripti scil. expressa voluntas, *sup. q. 1.* (2) Quia testamenta manent nuncupativa, etsi in scripturam redigantur, & (3) in scripturam redigitur cum sua qualitate, i. e. tanquam consuetudo: hinc (4) etiam Magistratus sæpius se refert & provocat ad consuetudines: quin eas confirmat, nec tamen inde fit jus scriptum, ut exemplum est in *R. I. Nov. §. 105.*

OBJ. Quod habeat formam juris scripti, scil. scripturam.

RESP. Ast non essentiam ejus, scil. expressam voluntatem, nam deficit animus juris condendi. Vid. *Struv. Ex. 2. th. 21. Hunn. Lib. 1. tr. 1. quæst. 23.*

Hinc jam constat, nec Jus Feudale hodie in foro tanquam scriptum obtinere, etsi enim scriptis comprehensum, varie ab Imperatoribus quoque confirmatum atque declaratum sit, tamen nullibi apparet hoc animo juris constituendi factum esse, *vid. Dn. Par. Hyp. Jur. Feud. tit. 1.* §. *12.* nam verba in *R. I. de An. 1548. tit.* von Pön der Friedebrecher, *verb.* was das Lehn-Recht vermag, non constituunt jus, sed saltem jus receptum esse testantur. Quod vero Jus feudale jam olim a Frid. I. vel Frid. III. confirmatum sit, hactenus probatum non est. Vid. *Struv. Synt. Jur. Feud. c. 1. aph. 7. num. 6.*

Qv. XIII. *An jus scriptum per contrariam consuetudinem abrogari possit?*

AFFIRMATUR in *L. 32. §. 1. in f. h.*

NEGATUR in *L. 2. C. Quæ sit long. Cons.* Varie in conciliandis his legibus laborant Dd. Vid. *Bach. ad Treutl. D. 1. th. 9. l. f. Hunn. L. 1. tr. 1. q. 27. Franzk. Exerc. ad Inst. 1. q. 9.*

Laut. p. 9. verb. Contrariam pro parte.

Breviter ita tenendum est: In STATU POPULARI consuetudo etiam jus scriptum abrogare potest: nam populus, uti vi summæ potestatis condere legem, sic illam quoque mutare potest, sive expresse, sive tacite: & de hoc statu loquitur *d. l. 32.* uti id apparet (1) ex ipsis verbis JCti, nam ideo leges nos obligare dicit, *quia judicio populi receptæ sunt*, quod non nisi de statu populari dici potest; & inde jam in fine concludit, quod iterum *tacito consensu omnium abrogari possint.* (2) quia rubrica tituli in quo exstat *d. l. 32.* concepta *de legibus*, ast leges saltem sub statu populari, & a populo ferebantur. *§. 4. Inst. de J. N. G. & C. arg. tit. ff. de Constit. princ.* (3) Ratio quoque id dictat: cum enim consuetudo jus sit, quo modo populus in statu regio, ubi omnis jus constituendi potestas ad Principem pertinet, jus vel consuetudinem introducere posset?

In STATU REGIO certum eſt, quod conſuetudo populi per ſe non tollat jus ſcriptum; & de hoc ſtatu loquitur *L. 2. C. Quæ ſit long. conſ.* ubi *conſuetudinis non vilis autoritas* dicitur eſſe, ſed non tanta, *ut aut rationem vincat aut legem:* Nam ſubditi injuriam in ipſum Principem committerent, inque jura ejus Majeſtatis involarent, ſi vel juri ab ipſo conſtituto aliquid detrahere, vel ſuos mores pro lege ei obtrudere vellent: atque ita quoque res deciditur in *l. 3. §. 5. de Sepulchr. Viol. l. 13. C. Sent.* Quod vero textus *d. l. 2.* de regio ſtatu loquatur, ex ejus Autore conſtat: Ibi enim Conſtantinus Imperator & ad Proculum de jure conſultus reſcribit.

Sunt tamen exceptiones, ubi in ſtatu regio quoque inſignem effectum habet conſuetudo: Uti (1) ſi dubium ſit jus ſcriptum atque incertum, tunc enim non vilis eſt conſuetudinis autoritas, *d. L. 2. L. 37. & 38. ff. de Legib.* inprimis ſi res perpetuo ſimiliter judicata, *d. l. 38.* vel contradicto judicio illa conſuetudo confirmata ſit. *l. 34 ff. Leg.* (2) Si Princeps tacite conſentit, illamque adeo conſuetudinem ipſo facto probat.

Ita hodieque conſuetudo Imperii contra legem ſcriptam non valet, niſi ſub præmiſſis limitationibus; quod multo magis verum eſt, ſi legi addita eſt clauſula, quod contraria conſuetudo non debeat attendi, ut in *Auth. Navigia C. de Furtis*, nam ibi nulla ratione populus contrariam conſuetudinem introducere poteſt. *Brunn. ad. d. Auth. n. 8 Vasq. p. 2. controv. L. 1. c. 3.* Niſi ipſe Princeps, cæteris paribus conſentiat; hic enim ſibi ipſi clauſulam perpetuæ legis adjicere nequit: Vid. *Laut. p. 8. in f.*

Qv. XIV. *Quomodo probetur conſuetudo?*

Laut p. 9. verb. Modo ab allegante.

RESP. Conſuetudo in factis conſiſtit, quæ proinde ab allegante probari debent. *L. 16. C. de probat.*

Atqui Conſuetudo jus eſt jus vero ſemper certum eſt, neque probatione opus habet. Sed

RESP. *infr. tit. de Probat.*

Probatur autem Conſuetudo (I) *Per teſtes* ad minimum duos arg. *l. 2. ff. de teſt.* qui non de conſuetudine, (hoc enim judicis eſt), ſed de actibus ſingulis eorumque circumſtantiis, deponunt, *Carpz. p. 2. conſt. 3. def. 22. L. 38. ff. de Legib.* In antiquis admittuntur etiam teſtes ab auditu. *Struv. Ex. 2. §. 21.* Et tum omnibus circumſtantiis rite examinatis, judex inde concludit, an tot ſint actus, ut conſuetudinem faciant, an non, *Gail. L. 2. O. 31.*

Non itaque articuli ita formandi ſunt: Wahr, daß dieſes die Gewohnheit ſey? De eo enim teſtes deponere nequeunt; quia ſic teſtimonium dicerent de jure;

jure, non de facto; testis autem de facto deponere debet, non de jure; Sed ita formandi sunt: Wahr, daß dieses in dem und dem Fall, und also öfters geschehen? *Coler. proc. exec. p. 1. c. 3. n. 31. sq. Mascard. de prob. Concl. 423. n. 4. B. Par. in Disp. de eo quod justum est in dubio Sect. V. §. 5.*

Obj. quod exemplis non sit judicandum, sed legibus. *Nov 69. c. 4. §. 2. L. 13. de sent. interloc. l. 12. ff Off. præsid. L. 1. §. 10. C. vet. jur. enucl. §. f. Inst. de satisd.* res autem judicatæ sunt saltem exempla.

Resp. Exceptio est, si tot sint exempla, ut inde ipsius populi vel Principis voluntas tacite appareat, tunc enim non exemplis, sed ex consuetudine judicatur. *d. l. 38.*

(II) Si in judicio de praxi dubitetur & per sententiam pro praxi pronuncietur, *L. 34. ff. de leg.* ea enim sententia post ingentem partium inter se conflictum, super consuetudine semel lata, & in consuetudinem translata, non solum inter litigantes, sed & alios, qui isti judicio subjecti sunt, valere debet. *B. Par. d. l.*

Nec Obst. quod sententia contra jus lata sit ipso jure nulla *L. 2. C. si prov. a sent. l. 5. C. de Leg.*

Resp. non est contra jus lata, quia per consuetudinem jus dubium declaratur.

(III) Ex præsumtionibus quoque, si plures concurrant, uti si plures Dd. inprimis qui diu sunt in loco versati, vel ex vicinia de praxi testentur, vel accedat communis opinio &c. *Struv. Ex. 2. th. 20. Brun. parat. h. q. 32. Mascard. de probat. V. 1. Concl. 434. Treutler. 1. th. 9. l. h.* nam tunc in dubio judex illas præsumtiones supplere potest. *Phil. Us. Pr. I. L. 1. Ecl. 28. n. 6. Conf. Quæst. sq.*

Porro & (IV) probatur per stylum Curiæ, sive praxin judicii, quæ non introducta est contra jus scriptum, neque ex indulgentia advocatorum, sed ipsorum judicum voluntate. *Huber. ad ff. L. 1. t. 3. §. f.* Conf. *L. 3. §. 6. ff. de Testib. c. 6. x. de crim. fals. c. 8. x. de cons. ut. vel inut.*

Non vero probatur (V) Unius Doctoris testimonio; quin nec judicis asserto; (1) quia est testimonium extrajudiciale, nec juratum, & unius, cui in jure nunquam creditur. (2) quia JCti non possunt de factis respondere, sed saltem de jure, hic autem quæritur de probatione factorum; & alias (3) in ipsorum arbitrio esset jus constituere nudo suo testimonio: idque praxi ita receptum testatur *Phil. dict. Ecl. 28. n. 3. & Carpz. part. 2. Const. 3. def. 22. n. 2. Struv. Ex. XI. th. 21.* Vid. *Disp. Dn. Par. de Differ. bod. Pact. & Stip. in proœm.* atque ita in facultate Viadrina Responsum memini. Add. *Mynf. Cent. 6. O. 68.*

OBJ. Quod cuique in ſua arte credendum ſit:

RESP. Ars JCtorum eſt jus docere, & ſecundum jus decidere, non vero de factis judicare, atque de illis teſtari, *d. Diſp.* & *Diſp. de eo, quod juſt. eſt in dubio S. 5. §. 6.*

Quid ſi Princeps de conſuetudine teſtetur?

RESP. Nec hoc teſtimonium probat, teſtis non auditur niſi juratus, niſi rite examinatus, niſi partibus auditis, quæ omnia, in Principis teſtimonio deficiunt. *Phil. Uſ. pr. Inſt. L. 1. Ecl. 28. n. 7.*

Nec (VI) Gloſſa (de qua late *Treutl. D. 1. th. 7. l. d.*) autoritatem juris habet contra legem ſcriptam, *Carpz. part. 2. conſt. 45. def. 10. n. 11. & Part. 4. Conſt. 35. def. 11. n. 11. Muller. ad Struv. Ex. 1. th. 51. l. d.* Aſt in dubio magnæ eſt autoritatis. *Schrad. Conſ. 5. n. 57. Matth. de Afflict. dec. 384. n. 3. Muller. d. l.*

Circa conſuetudinem NOTANDUM eſt (1) Quod conſuetudo irrationalis ſequenda non ſit. *arg. L. 2. C. quæ ſit long. conſ. Carpz. L. 6. Reſp. 70. & Juriſpr. for. p. 4. Conſt. 9. def. 6. n. 11. & 12. H. Piſt. L. 4. q. 4.*

NOT. (2) Neque illa excuſat a pœna, ſi alia lex ſcripta exſtet. *Treutl. D. 1. th. 9. l. b. ibique Bachov.* Exemplum vide apud *Carpz. p. 4. conſt. 32. def. 4.*

NOT. (3) Sententia contra conſuetudinem lata eſt ipſo jure nulla. *Brunn. Parat. h. q. 33.*

NOT. (4) Exceptio conſuetudinis, eſt litis finitæ adeoque ante *l. c.* opponi debet. *Mev. p. 3. dec. 13.*

QV. XV. *An communis opinio conſuetudinem vel probet, vel faciat?*

RESP. Plenam autoritatem habere communem opinionem multi ſunt qui aſſerunt: Vid. *Berl. p. 1. concl. 36. n. 91.* quia perfectior eſt veritas a multis quam paucis prolata, *l. f. C. de Fideic.* & firmius reputatur judicium plurium quam unius. *c. 21.* verſ. *illa quippe. x. de off. & pot. jud. deleg.* Quin ubi pars major, ibi ſanior præſumitur, *C. 57. x. de Elect.* Inprimis cum & Imperatores & Canones plurium ſententiam ſequi ſoleant, uti exempla referuntur in *L. 4. pr. ff. his qui not. infam. L. 17. Jur. patron. L. 1. ff. de offic. quæſt. L. 10. §. f. de Pact. L. 12. §. 27. de Inſtr. leg. c. novimus 27. de V. S. princ. Inſt. de hær. Inſt.* Adeo ut etiam ſint qui communem errorem ſequendam eſſe putent, quos rejiciunt *Struv. Ex. 4. th. 25. Vinn. ad §. 9. de J. N. G. & C. &c.*

Aſt contrarium verius eſt, neque communi opinioni inhærendum eſſe, ſi vel lex ſcripta, vel ratio legis contrarietur, nedum ſi aperto errore nitatur, his

his rationibus probatur (1) *arg. L. 2. C. quæ ſit longa conſuet.* ubi non valet conſuetudo contra legem ſcriptam vel ejus rationem, nedum ergo communis opinio; (2) ex *L. 1. §. 6. C. Vet. jur. enucl.* ubi expreſſe Imperator diſponit, non ex multitudine autoritatum judicare nos debere, quod æquius & melius eſt &c. Inprimis (3) cum illæ communes opiniones admodum ſuſpectæ atque incertæ ſint, & ab utraque parte communes jactari ſoleant, uti in *ſpeculo aureo communium opinionum contra communes* docuit *Hieron. de Cævallos.* Neque vero multitudo errantium errori parit patrocinium, *Harpr. §. ult. in f. Q. m. re contr. obl.* atque hæc (4) eſt communis quoque Doctorum ſententia, quam ex *Zaſio* aliisque recenſet *Muller ad Struv. Ex. 2. th. 51. l. δ. & η. Vultej. de Feud. L. 1 c. 9. n 14. Phil. Uſ. Pr. Inſt. L. 3. E. 65. n. 9. Ungep. Diſ. 9. q. 8. in fin. Dn. Stryk. U. M. h. §. 13. Treutl. Diſp. 1. th. 18. ibique Bachov.*

Si vero dubium jus eſt, ac pares utrinque rationes, communis opinio præferenda eſt; jam enim valent omnes illæ initio paginæ allegatæ rationes. Vid. *Dict. Aut.* & inprimis *Muller. d. l.*

Hinc inferunt, quod judex, qui ſequitur communem opinionem, non teneatur pœna male judicantium. Conf. *Struv. Ex. 2. th. 51.* & ſi pars illam pro ſe allegare poteſt, non condemnatur in expenſas. *Berl. p. 1. concl. 78. n. 30.*

De Origine & Autoritate communis opinionis egregie diſſerit *B. Parens in Diſput. de eo quod juſtum eſt in dubio Sect. 5. per tot.* verba ejus hæc ſunt: Hujus autem communis opinionis communis occaſio hæc fuit. Cum poſt gloſſam veteres interpretes, egregii ac viri ſummi, inprimis *Bartolus, Baldus, Angelus, Imolenſis, Salicetus, Socinus, Caſtrenſis,* immenſa volumina in jus edidiſſent, reliqui horum autoritatem cœco impetu ſecuti ſunt. Erant ſiquidem minus ſecuri de ipſa jurisprudentia, ſatis ſibi eſſe putantes, ſi vaſta illa volumina, quæ vix ab homine perlegi poterant, in indices reſolverent, & in quo illi, vel eorum plurima pars convenirent, pro lege, aut quaſi ex tripode dictum, haberent. Hoc vocarunt nomine communis ſententiæ, & ab ea in fore recedere nefas duxere, legum ratione, ne dicam lectione, ſusque deque habita. Cum itaque hoc modo ſecuti fuerint antecedentium gregem, pergentes, *non qua eundum, ſed qua itur: Senec. de vit. beat. in pr.* hinc augebatur quotidie in immenſum ſcribentium numerus moti magna illa deſcribendi alios, & ita libros cumulandi facilitate: ſed cum deprehenderent variorum ſententias, varias in diverſa & contraria vocantium, numerare cœperunt ſententias, quæ numero præponderat, eam amplexi ſunt; optimum rati id, quod magno aſſenſu receptum eſt. Atque hoc praxin vocarunt. Quaſi vero tam bene cum rebus humanis agatur, ut meliora pluribus placeant; *argumentum peſſimi, turba eſt: Senec. d. vit. beat. cap. 2. in pr.*

Verum omnibus hoc ipso facile apparet, nullam rem minus posse appellari juris ambigui & incerti normam. Quid enim magis a juris ratione alienum excogitari potuit, quam ipsam illam, & præcipuam juris incerti causam, Interpretum sc. dissensiones & collisiones infinitas, pro remedio ejus decidendi adhibere, quod ipsum adeo incertum est, quam quod incertissimum? *Sect. 4. §. 4. n. 3.* Liquet itaque, quam miserrima tunc fuerit juris conditio, ut fere de eo actum esse, & nil nisi nomen restare videretur, utpote quod definiendum erat ex infinito illo opinionem conflictu, quo nihil indefinitius & cujus norma erat id ipsum, quod abnorme est quam maxime; cujus dubia solvebantur ex opinionibus omnium maxime vagis & dubiis; Imo ubi justitia causæ æstimabatur judicio illorum, qui ipsi juris ignari, aliorum scriniis compilandis unice occupabantur.

Nihil itaque incertius nihilque adeo a certo jure definiendo alienius esse, facili negotio ex sequentibus apparebit. Imo enim, ne quidem inter ipsos constat, quid sit Communis Opinio. Variæ siquidem inter eos sunt dissensiones circa ipsam definitionem communis opinionis, dum *alii* definiunt, quod sit sententia de jure non aperto simpliciter probata ab omnibus, *Alii* hoc verbum *ab omnibus* rejiciendum esse putant, & dicunt eam esse plurium opinionem, licet non omnium: *Alii* denique requirunt sententias præter plurium etiam peritiorum. Atque sic pro norma juris incerti adhibent id, de cujus definitione, & quid sit, inter ipsos nequidem convenit. Ut latius ex *Corat. d. Commun. Opin. l. 1. c. 1.* apparet.

Porro & secundo, si inspiciamus, ex quibus constituatur & perficiatur communis opinio, rursum se aperit ingens disputatio ac quæstio, nimirum quot Dd. requirantur ad id, ut communis opinio dici possit? Tres enim & hic reperimus sententias & opiniones diversas. *Primam* qui sequuntur, dicunt glossam a Bartolo approbatam, facere communem opinionem; *secunda* autem opinio est, quod glossa non solum a Bartolo approbata, sed etiam ab uno alio Doctore, eam constituat, *arg. cap. cum esses X. de testam. quod in ore duorum, vel trium consistat omnis veritas. Tertia* sententia est, quod glossa, cum qua consentiunt tres Dd. constituat ipsam communem opinionem. Horum omnium sententias rejicit, imo in aere fundatas esse dicit *D. Corat. d. l tit. 2. §. 15.* sed saniorem meo quidem judicio, non substituit, quando dicit: *se diu considerando in eam incidisse sententiam, ut communis opinio constituatur numero septem Dd. ad minus; si inter eos sit glossa, Hostiensis, speculator, Bartolus, vel alius Doctor eximiæ autoritatis; sin minus majori numero secundum pondus & autoritatem.* Quæ omnia nullo fundamento nituntur; maxime, si ejus rationis inspiciamus: nimirum quod numerus septenarius sit perfectissimus; quod iste quoque in testamentis

mentis adhibeatur, quod, ubi de re maximi momenti agatur, ſeptem teſtes requirantur, exemplo Abrahami, qui pangens cum Abimelecho pacem, ſeptem agnos in teſtimonium ſtatuerit, & quæ hujus farinæ plura ſunt; quæ omnia, utpote JCto vix digna, recenſere, nedum pluribus refellere ſuperſedeo; ſufficiat, ex his apparere, in hac lite neſciri, quæ communior opinio dicenda.

Accedit tertio, quod communis opinio ſæpe mutetur, ut, quæ uno tempore communis fuit, jam contraria ſit communi, vid. *Nevizan. Sylv. Nupt. l. 5. n. 9.* Vulgatum nimirum erat, applicare illud, quod de peculio dicitur in *l. 40. pr. de pecul.* ad hanc communem opinionem: *Eam inſtar peculii naſci, creſcere, interire. Corat. d. tract. in præf. n. 6.* Add. *Trentacinq. lib. 3. tit. de Novat. reſol. 1. n. 2. Coppen. deciſ. 58.* ubi *num. 5.* teſtatur *ex Weſenb. Conſil. 52. n. 40.* ſententiam illam, quod ob læſionem enormem ex *l. 2. C. reſcind. vend.* non ſit reſcindenda transactio, *deſiiſſe eſſe communem.*

Quin quarto, complures reperiuntur caſus, qui de jure adeo controverſi ſunt, ut adſit communis opinio ex utraque parte; unde communes ortæ ſunt contra communes.

In quo conflictu communium contra communes ea oriebatur diſputatio & nova quæſtio, quæ ſit magis communis; & unde magis ſit æſtimanda communis; quæ & hactenus inter eos indeciſa, & ſic incertiſſima manſerunt: aliis eam cognoſcendam eſſe exiſtimantibus, ponderatione utriusque partis Autorum, aliis numeratione Doctorum, *Corat. d. tract. lib. 1. tit. 4. & 5.* Unde paſſim allegantur communes contra communes, & ſibi invicem contrariæ, quarum 609. collegit *Hieron. de Cavall. in ſpec. Comm. opin. contr. Comm.* & paſſim reperiuntur apud *Clarum in Rec. ſentent. & Anton Gabriel. in Com. Concl.*

Imo quinto inter eos adhuc dubitatur, & ſub judice lis eſt, an, quando contra communem tenuit gloſſa, communis ſit attendenda? Quidam enim acriter defendunt, eo caſu gloſſam eſſe præferendam, alii vero communem præferendam volunt, & autoritatem gloſſæ in dubio ſaltem admittunt; Unde & gloſſam Advocatorum Idolum vocabant, ad quod, exemplo veterum Gentilium, in dubio recurrendum ſit. Vid. *Corat. d. lib. 2. tit. 9. n. 21. & ſeq.* ubi *32.* ſpecies quæſtionum in dubium vocat.

Tandem ſexto, etſi concedamus, illa, de quibus hactenus egimus, inter eos certa eſſe, & definita, impoſſibile tamen eſt computare communiorem Dd. opinionem: Plerique enim, & forte præclariſſimi Eorum, ſententiam ſuam de illa quæſtione non prodiderunt. Quod duplici ex cauſa contingere potuit: vel quod inter ſcribendum in eam non inciderint, vel quod privatim docendo, ſcripta in publicum de illa quæſtione dubia non ediderint. Etenim hoc familiare

illis

illis esse solet, qui contenti aliorum scrinia excerpere, ut, quod omnium facillimum est, maxime scripturire soleant.

Ex his, quas hactenus allegavimus, aliisque causis, doctissimi probatissimique hujus ætatis JCti, quibus in acceptis ferimus, quod ad pristinum fere splendorem suum sit restituta ars Juris, merito autoritatem communis sententiæ, nisi appareat ratione aut legibus fundatam esse, rejiciunt, præferuntque rationem & leges. Hoc egregie profitetur *Zasius lib. 1. singul. c. 7. Accursii glossemata nihil plus ponderis habent, quam alterius docti viri doctrinæ, quibus utrisque sine textu, aut evidenti ratione nihil creditur. Imo error est, & quidem periculosus, Accursio tantum tribui, quantum conspirata Doctorum factione ei tribuitur, qui, etsi fuerit vir doctus, & omni veneratione dignus, tamen errare potuit, NB. & autoritatem juris condendi non habet.* Et modesta non minus, quam vera Ejusdem verba sunt *l. 2. singul. c. 1. n. 26.* Nihil apud me loci habet harum ipsarum opinionum, quæ circumferuntur, autoritas, nisi juris scripti veritas eas ornet, & ad id neutiquam adstrictus esse volo, ut curem, quid alii dixerint, sed potius, quid ex veritate dici possit.

Et *Reinkingius d. Reg. secul. & Eccl. l. 2. c.* 11 *n.* 60. ita inquit: *si juris textus, vel ratio evidens contrarium urgeat, judex a communi recedere potest, & NB. debet.*

Doctissimus quoque *Thomingius in decis.* 20. *n.* 20. *n.* 23. *&* 24. idem affirmat, dum dicit: *quod contra communem opinionem licite judicetur, quando legum & rationum autoritate destituitur.* Idem *decision.* 38. *n.* 24. *ex Cicerone lib.* 1. *d. Nat. deorum,* inquit, *Neque enim apud nos valere debet commentatorum præjudicata opinio, ut sine ratione valeat autoritas.* Conferatur *idem, decis.* 4. *n.* 12. *& decis.* 48. *n.* 24.

Hartm. Pist. lib. 1. *quæst.* 24. *n.* 36. hæc refert: *Non apud nos tantum valere debet autoritas interpretum, ut veritatem investigare, & eidem adstipulari nobis non sit integrum.* Idem repetit *lib.* 1. *quæstion.* 30. *n.* 24. & *lib.* 3. *quæst.* 28. *n.* 22. *& sq.*

Nicol. Everardus in loc. ab autorit. n. 24. profitetur, *non satis esse, opinionem aliquam esse communem, nisi etiam sit vera, non enim movere debet autoritas dicentis, sed quid dicatur, attendendum.*

Item solidissimus JCtus *Carpz. Resp. lib.* 6. *tit.* 7. *resp.* 70. *n.* 6. *&* 7. *Juris Consulti autoritas oculos mihi ita non perstringit, ut, mancipii instar, ipsorum dicta & opiniones contra rationem juris amplecti cogar, quamtumvis etiam fuerint communes, a quibus alias in judicando & consulendo non facile est recedendum. Non enim major autoritas tribuenda est opinioni communi, quam rationi & veritati juris, propter quam a communi opinione tutissime possumus recedere.*

Frid.

Frid. Pruckmannus, JCtus clarissimus, ita refert: *part. 1. Consil. 15. n. 32. & seq. Doctoris dictum secundum legem, quam allegat, intelligendum est, adeoque consistere non potest, si non habeat, quo fulciatur, textum.* Est postquam *Consil. 50. n. 235.* retulisset communem Dd opinionem, nulla lege aut ratione suffultam, hæc addit *num. 236. Se ergo NB. monstrosam doctrinam ad extremas Libyas usque, veluti monstrorum omnium matrem, deportari curaturum, interim se sectaturum legum veritatisque fontes*, Vid. Id. deinde *n. 479.*

Georg. Adam Struvius, Vir Celeberrimus, *in Synt. Jur. Feud. Exerc. 11. th. 51. In jurisprudentia peritorum judicium magnam probabilitatem induxit: potestque interdum esse tanta, ut tutissime judex legem ita intelligat, & secundum illam interpretationem judicet, NB. Non autem negamus, ob rationes firmiores ac meliores a communi opinione recedendum esse.*

Idem quoque profitetur *Colerus d. proc. Execut. p. 1. cap. 6. n. 101. it. part. 4. c. 1. n. 41. & 42. Richterus part. 2. decis 96. n. 90. 91. 92.*

Eadem quoque sententia est *Schiferdechero*, Juris Consulto egregio, *lib. 1. tract. 18. princ.* ubi ait: *Se non tantum commoveri animo, sed & toto corpore perhorrescere, quando dicunt, communem veriori esse præferendam.* Add. quoque *Thesaur. decis. 57. n. 10. Costal. in Parerg. n. 12.*

Denique *Ulr. Huberus* Juris Consultus solidissimus, *in Præl. ad ff. tit. d. Inoff. test. num. 14.* egregie ait: *Nunquam in autoritate non authentica acquiescendum est, nisi ratio constet, quæ ex lege est:* Et mox addit, *Quam difficile sit contra communem Doctorum & præjudicia Curiarum, quod veri & meri juris est, obtinere, non ignoramus: Sed non quæritur, quid in usu trituraque fori prævaleat, verum quid lex & ratio per nubem autoritatum & præjudiciorum persuadeat.*

Ac proinde contra communem opinionem pluribus præjudiciis firmatam respondere non dubitarunt JCti præstantissimi. Sic contra communem Dd. opinionem, pro primo quoque furto valorem V. solidorum excedente, furem esse suspendendum, pronunciarunt apud *Carpzov. p. 4. const. 32. def. 4.* Quin & in ipsa Camera sæpius contra communes opiniones esse judicatum, testatur *Mynsing. 1. Obs. 22.* & passim, item *Gail. 1. Obs. 37. n. 9.* Addatur quoque *Hartm. Pist. l. 4. qu. 4.*

Equidem, si adeo utrinque sit dubia quæstio, paribusque librata rationibus, ut neutra pars præponderet, sed omnia cætera utrinque sint paria, communem sequendam esse, non negamus cum prædictis Dd. Eo enim casu recedere ab illa velle, secundum *Reinking. d. l. 2. c. 11. n. 59. esset plus sapere quam oportet.* Quinimo adminiculum non leve afferet communis Dd opinio ad firmandam magis sententiam, si ad alias rationes & alia juris præsidia illa accesserit.

LIB. I. TIT. IV.

DE CONSTIT. PRINCIP.

Qv. I. *An decreta & sententiæ Principis jus commune faciant?*

Laut. p. 9. verb. *etiam interlocutoria.*

AFF. Si Princeps ipse causa inter partes cognita decernat, nec de alia mente constet, *L. 1. §. 1. ff. de Const. Princ. L. fin. pr. de Legib.* ubi diserte: *Si Imperialis Majestas causam cognitionaliter examinaverit, & partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino judices qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem non solum illi causæ, pro qua producta est, sed & omnibus similibus &c.* Et mox: *Cum & veteris juris conditores constitutiones quæ ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant.* Quod si vero ex aliorum judicum relationibus aut suggestionibus quid statuat, regulariter pro jure communi non habetur, nec ad alios casus extenditur, *L. 2. de Legib.* ibi: *quæ ex relationibus vel suggestionibus judicantium vel consultatione in commune nostri palatii auditorium introducto negotio statuimus, nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis, pro quibus fuerint promulgata &c. L. 3. in f. C. eod.* Si enim Princeps non ipse cognovit, sed ex unius judicis relationibus ac suggestionibus quid statuit, non videtur ideo aliorum causis, cæterorumque judicum relationibus vel suggestionibus præjudicium afferre voluisse: Neque illæ causæ tam in consistorio Principis, quam aliorum judicum curiis versantur, quorum potius fidem Princeps sequitur. Nisi alia ejus sit voluntas; quæ apparet vel ex nomine, si lex aut edictum nominetur, vel facto, si per universum Principatum publicetur; vel denique si expresse clausula ut ubique observetur, adjecta sit, qui sunt casus *d. l. pr. & vers. Nam satis.* Atque hanc distinctionem probat *Gloss. in d. l. 3. Wissenbach.* apud *Huber. ad ff. h. t. n. fin.*

Equidem *Huberus a. l* Wissenbachium, sed perperam, refutat his rationibus: quod (1) ea quæ Princeps in consistorio statuit, nunquam minoris habeantur, quam quæ solus decernit, indeque (2) mentem Cæsaris esse, ait, sola *edicta* vim legis obtinere. *L. 3. princ. C. LL.* non vero reliqua, sive rescripta sive decreta, *L. 2. C. de LL. L. 3.* verb. *interlocut. eod.* nisi Principes voluerint, *d. l. f. junct. d. l. 3* Adeoque dictam legem finalem explicat & limitat ex verbis *d. L 3.* ibi: *quod si Principes censuerint.* Sed *prior* ratio in præcedentibus rejecta est, & negatur, quod causæ quæ ex relationibus vel suggestionibus judicantium a Principe statuuntur, in ipso consistorio Principis versari videantur; accedit quod in *dd. LL* expresse distinguatur inter sententias a Principe causa cognita prolatas, *d. l. f.* & reliquas quæ ex relatione aliorum statuuntur *d. l. 2.* Posterior ratio refellitur ex *d. l. f. C. de legibus,* ubi *decretis* quoque ab ipso Prin-

Principe causa cognita publicatis, plenissima juris autoritas tribuitur: Sane limitatio quam ex *L.* 3. *C. LL.* addit *Huberus: Si*, nimirum, *Princeps censuerit*, admitti non potest, *tum* quia semper censere videtur in ea suo illo speciali, si ab ipso Principe causa cognita decretum publicatur, *tum* quia ratio ibi specialis est, majestas, scilicet pronunciantis, *d. l. f. tum* quia *Lex fin.* utpote posterior derogat anteriori legi *2. C. de Leg.*

Obstat. *L. 1. Const. Princ. & §. 6. J. Nat. G. & C.* Ubi quicquid Principi placuit adeoque quod per epistolam, & subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto præcepit, Legis vigorem habere dicitur.

Resp. Omnes hæ constitutiones habent vim legis, at non vim legis universalis; Nam expresse in dictis legibus statuitur harum esse alias *quæ non ad exemplum trahuntur, quoniam NB. non hoc Princeps vult.* Unde apparet illas constitutiones demum jus commune facere, ubi Princeps generales esse vult, quod & convenit *Legi 3. C. Leg.*

Atque talem Principis sententiam definitivam hodieque legem facere testatur *Brun. ad d. l. f. n. 1. Matth. de Afflict. decis. 96 in f* & *Ill. D. Stryk. U. M. h. § 6* etsi Dissent. *Huber. d. l §. fin.* allegans rationem, quod Principes facile extra ordinem ignoscant vel animadvertant.

An vero idem dicendum de dicasteriis eorumque sententiis? Sunt qui horum quoque sententias & decreta jus commune facere statuunt, quia sententia dicasteriorum est sententia Principis. *Mev. p. 1. dec. 25* n. 10. Addatur *Afflict. dec. 169. in fin.* & Dd. apud *Brunn. ad L. 12. C. de Leg. n. 2.* Rectius vero cum Dn *Brunn. d. n. 2* statuimus periculosum esse id ita simpliciter asserere, quod etiam sequitur *Dn. Stryk U. M. h. §. 6.* addita ratione, quia dicasteria non sunt constituta juris ferendi causa, sed ut secundum jus constitutum judicent: *L. 13. C. Sent & interl.* Si tamen res perpetuo similiter judicari soleant, valet sententia dicasteriorum in vim consuetudinis, *L. 38. ff. de Leg.* Vid. *Tit. præc. q. 14. Mev. p. 1. d. 118. n. 2. seq. Carpz. p. 2. c. 7. def. 5. n. 7.*

Alia quæstio est, an decreta sine causæ cognitione emanata habeant vim rei judicatæ? Vid. *infr. tit. de Appellat. q. 7.*

QV. II. *An commodum privilegii personalis etiam ad alios extendatur?*

Laut. p. 10. verb. *Commodum.*

AFFIRMAT *Laut. h.* Sed rectius

NEGATUR: quia natura privilegii personalis, est ne personam excedat: *§. 6. Inst. de J. N. G. & C. L. 1. §. 2. de Const. Princ.* & persona deficiente deficit beneficium. *L. 68. de Reg. Jur.*

OBJ. (1) *L. 6. C. de Prof. & Med. L. 2. in f. C. de Episc. & Cler. L. f. §. 1. C. qui pot. in pign.* (2) *L. 6. ff. de restitut. in int. L. un. C. si adv. dot. L. 20. C. ad SC. Vellej. L. 7. §. 10. ff. ad SC. Maced. &c.* ubi personalium Privilegiorum effectus etiam ad alios extendi videtur.

RESP. Equidem negari nequit privilegium professoribus concessum etiam competere uxoribus & filiis, *l. 6. C. de Prof. & Med.* uti & privilegium clericis indultum ad conjugia & filios pertinet, *L. 2. §. f. C. de Episc. & Cler.* sed & privilegium dotis pro uxore introductum conceditur etiam eorum liberis, *L. f. §. 1. C. qui pot. in pign.* verum, cum pluribus personis sit concessum beneficium, plura quoque sunt privilegia propriumque in singulis personis: Aliud ergo erit privilegium personale in parentibus, aliud in liberis.

Reliqui textus n. (2) allegati loquuntur de privilegiis realibus, & ideo ad hæredes transeunt, uti in *seq. quæst.* demonstrabitur.

QV. III. *An privilegia restitutionis, & SC. Vellejani ac Macedoniani sunt personalia an realia?*

Laut. p. 10. verb. *Minorum restit.*

RESP. Autor noster privilegia illa personalia, & saltem ad fidejussores ac hæredes extensa esse ait; Nos putamus esse realia:

De RESTITUTIONIBUS (1) probatur per *text. expr.* in *L. 7. §. 1. de Except.* ubi inter exceptiones reales etiam ponitur restitutio minoris, illaque fidejussori tribuitur, atque ad hæredem quoque omnemque successorem transire dicitur. *L. un. C si dot. L. 24 princ. de Min. L. 20. §. 1. de tut. & rat. distr. L. 6. de restit. in integr.* (2) Ratio quoque hic non habetur solius personæ, sed patrimonii & bonorum ejus qui læditur, adeoque non potest non pertinere ad omnes ad quos res vel negotium, in quo læsio facta est, pervenit: talia vero privilegia sunt realia, per *l. 96. d. R. J.*

De SCto VELLEJANO itidem id dicitur *d. l. 7.* ubi intercessionis quoque exceptio rei cohærere dicitur, nam hoc quoque privilegium non tantum personæ sed & causæ datur, scil. intercessioni factæ a fœmina, *d. l. 7. verb. inter-*

intercessionis, inde etiam fidejussori dicitur competere *d. l. 7.* & hæredes quoque mulieris eadem exceptione utuntur. *L. 20. C. ad SC. Vellej.*

De SCto MACEDONIANO expresse quoque idem statuitur *d. l. 7.* ubi inter exceptiones rei cohærentes refertur, & inde fidejussori dari dicitur; & ad hæredem quoque transit *L. 7. §. 10. ad SConsult. Maced.* nam hoc quoque privilegium causæ mutui datur, eoque ad omnes pertinet ad quos causa illa pervenit, *d. l. 196. R. J.*

Obst. I. Quod tamen omnia hæc privilegia personis atque ob earum qualitatem v. g. lubricum ætatis, imprudentiam, & luxuriam, sint concessa.

Resp. Personalia privilegia sunt quibus sola personæ conditio unice locum fecit, non vero simul respectus ad bona in quibus damnum accidit, vel ad causam, cui privilegium conceditur, *L. 68. de Reg. Jur. L. 42. ff. de Adm. tut. L. 8. §. 3. de lib. legat.* hic vero datur etiam privilegium ratione causæ, scil. intercessionis, læsionis, atque mutui contracti.

Obst. II. Quod *d. l. 7. §. 1. de Except.* saltem loquatur de exceptione ex illis privilegiis descendente, quæ quidem realis est, sed ipsum privilegium personale esse videtur.

Resp. Contradictio est, ex negotio mere personali dari exceptionem realem, utpote cum qualis causa est, talis etiam debeat esse effectus.

Usus hujus controversiæ est (1) quod hæc privilegia durent in hæredibus & fidejussoribus, etiam cessante persona cui indulta sunt; quod falsum esset, si essent privilegia personalia saltem ad alios extensa, per *L. 96. de Reg. Jur.* (2) Hodieque in praxi pro realibus habentur, indeque fidejussoribus atque hæredibus quoque dantur, uti de privilegio RESTITUTIONIS id testatur *Carpz. 2. Resp. 98. num. 19. sq.* de SCto MACED. *Carpz. 2. Const. 10. def. 16.* de SC. VELLEJ. *Sand. dec. Fris. L. 3. def. fin.*

Qu. IV. *An privilegia in dubio sint realia an personalia?*

Resp. Realia. (1) quia privilegia late sunt interpretanda *L. p. ff. h.* qui pro inde ad personam restricta esse ait, illud probare debet. (2) *arg. L. 7. §. 8. de Pact.* ubi pactum in dubio censetur reale, etsi personæ mentio facta sit, multo magis ergo id verum erit in privilegiis. *Laut. p. 10. verb. in dubio.*

Quod vero *Laut. h.* ait, *in dubio reale censeri, si causa impulsiva est res, personale vero si est persona*, est petitio principii, hoc enim ipsum quæritur quid juris, si dubium sit, an rei an vero personæ concessum sit; & an causa impulsiva sit res an persona. Cæterum quam varient hic autores videre est apud *Gail. Lib. 2. O. 2. per tot.*

Cessat autem illa regula, quod in dubio privilegia sint realia, indeque ad hæredes transeant; (1) Si res quæ alicui conceditur privilegio, sua natura ad hæredes transire nequit, *Gail. d. l. n. 18.* (2) Si electa sit personæ industria, *Gail. ibid. n. 16.* (3) Privilegium concessum generi vel posteris; tunc enim finitur extinctis masculis, etsi fœminæ supersint; quia familiæ concessum videtur: Secus si concedatur etiam descendentibus. *Gail. d. l. n. 16.*

QU. V. *An privilegia tantum personis subjectis concedi possint, an etiam extraneis?*

Laut. p. 10 verb. Rebus vel personis &c.

RESP. Tantum subditis: (1) Quia privilegia sunt leges, *§. 6. J. N. G. & C. c. 25. vers. concedimus X. de V. S. c. 3. dist. 3.* leges vero tantum feruntur in subditos *L. 2. ff. arg. l. f. ff. de jurisd.* Accedit (2) quod privilegia, dignitates ac officia, plerumque sint perpetuæ, quæ proinde non ad advenas, nedum ad extraneos pertinere possunt; utpote cum potestas momentanea vel nulla, non possit jus perpetuum facere, nec plus esse in effectu quam in causa. *Dn. Par. in Disp. de Fund. in terr. Jurisd. t. 5. §. 4.* Unde (3) ejusmodi privilegia extra territorium nullum effectum habent. *d. tit. 5. §. 8.*

Hinc (1) Non potest Princeps legitimare advenas, *Disp. Dn. Par. de Fund. in terr. tit. 5. §. 7.* (2) Nec extraneis nobilitatem concedere; uti judicium Reginæ Elisabethæ ex Cambdeno, aliaque exempla eorum quorum ab extraneis regibus obtenta dignitas rejecta fuit, refert *d. disp. t. 5. §. 9.* Sic porro & (3) Doctorales aliique Academici honores extraneis conferri nequeunt, quia hic quoque agitur de qualitate perpetua, & de jure in perpetuum cohærente. Quod ita in Camera *O. C. p. 1. t. 3. §. 2.* non tamen extra Cameram observari, probatur *d. t. 5. §. 12.*

EXC. (1) Si commoda quædam illi privilegio cohæreant: Cum enim privati quoque Jure Gentium hæc invicem concedere possint, cur non & a Principe extraneo aliis conferri possent? *d. tit. 5. §. 10.*

EXC. (2) Si per modum pacti & mutua voluntate res peragitur: Ita enim ordines equestres etiam extraneis communicantur, quia sunt instar collegii & societatis, neque recipiuntur equites tanquam a superiore, sed tanquam capite ordinis seu collegii. *d. disp. tit. 6. §. fin.*

EXC. (3) Temporaria officia atque dignitates etiam extraneis conferri possunt, tum quia non sunt perpetuæ, tum quia extraneus hoc ipso fit subjectus, tum denique quia per modum pacti & conventionis hæc fiant, ut v. gr. extraneus curam negotiorum alicujus Principis suscipiat. *d. tit. 5. §. 13.*

EXC.

Exc. (4) In territorio concedentis effectum habent, quia ita Princeps vult, atque hinc v g. pro Comite & Barone habetur in terris concedentis, atque prærogativis & juribus Comitum &c. utitur.

Qv. VI. *An privilegia late an stricte sint interpretanda?*

RESP. In Præjudicium CONCEDENTIS latissime ea interpretari oportet *L. pen. h. L. 2. C. bon. vac. c. 15. de J. Phil. Us. Pr. Inst. L. 1. Ecl. 22. n. 1. ibique Dd.* Hinc immunitate concessa, in dubio etiam pro bonis futuris data censetur. *Carpzov. p. 2. const. 6. def. 8. num. 7.*

Laut. p. 10. verb. *Ratione concedentis latissime.*

Exc. (1) Si agatur de regalibus & juribus majestati cohærentibus: In his enim Princeps præsumitur parcissimus. *Dn. Par. J. Publ. c. 21. §. f.* Hinc concesso castro cum jurisdictione in feudum, regalia in dubio non videntur concessa. Vid. *Quæst. ad Laut. p. 27.*

Exc. (2) Si semel quis stricte usus sit beneficio. *Brunn. ad L. 4. C. de Aquæductu.*

In præjudicium TERTII autem strictissime sunt interpretanda, *L. 2. §. 10. & 16. ff. Ne quid. in loc.* Nam omnia privilegia intelliguntur salvo jure tertii; *L. 206. R. J. Brunn. ad L. un. C. de Metrop. Beryth. Roland. a Valle V. 4. cons. 45. n. 4.* Neque Princeps præsumitur voluisse cuiquam jus suum auferre. *Alciat. 3. præsumt. 12.* Hinc privilegiatus a publicis oneribus non est immunis a collectis ad defensionem reipubl. impositis, *L. f. C. de divers. præd. urb. Phil. L. 1. Us. Pr. Inst Eccl. 15. n. 1. seq. Fab. C. L. 9. t 29. def. 6. num. 2. Carpz. L 1. Resp. 15. num. 20. Part. 3. const. 28. def. 19. num. 15. & Part. 3. decis. 2. 62.* Conf. casus in *L. 16. de Serv. rust. L. 11. Si serv. vind. L. 28. comm. div. l. 14. cond. indeb. l. 7. de serv. export. l. 6. de j. dot. l. 50. A. R. D. L. 6. C. de servit. L. 30. C. inoff. testam. L. 7. C. de precib. Imp. L. 4. C. Emanc. lib.* quia cum omnes æqualiter ad defensionem reipublicæ teneantur, unius exemtio reliquis præjudicium faceret.

Exc. (1) Si Princeps expresse aliter & in præjudicium tertii concessum voluerit. *d. L. 2.* ibi: *nisi quis forte hoc impetraverit ff. Ne quid in loc. L. 17. §. 3.* ibi: *nisi nominatim id privilegium indultum sit. ff. de Excus. tut.* quanquam tunc Princeps id tertio de suo resarcire debeat, uti egregio præjudicio id testatur *Phil. d. L. 1. Ecl. 15. n. 6. sequ. & Carpz. part. 3. decis. 262. per tot.*

Exc. (2) Si propter publicam utilitatem atque necessitatem privilegium conceditur, hoc enim in tertii præjudicium fieri potest. *Grot. de J. B & P. L. 2. c. 14. §. 7. ibique Tesm.*

Qv. VII.

Qv. VII. *An privilegia finiantur finita personarum qualitate ob quam indulta sunt?*

Laut. p. 11. verb. *finita personarum.*

AFF. Nam ita privilegia pupilli cessant pubertate. *L. 16. ff. 13. & 14. de Excus. tut.* Privilegia ratione officii competentia cessant finito officio, *Carpz. part. 2. const. 6. def. 6. n. 4. Fab. L. 9. t. 28. def. 9. n. 10. Brunn. L. 1. C. d. Advoc. divers. jud.*

EXC Si quædam privilegia in memoriam pristinæ dignitatis lege relicta sunt; Ita enim is qui decurio fuit, finita dignitate torqueri nequit. *L. f. de decur. l. 17. C. de quæst.* Sic qui libellis præfuerunt a muneribus civilibus immunes sunt. *L. 11. C. de Excus. Mun.* ut & qui primiceratu per biennium functi sunt, soluta militia ab iisdem vacationem habent. *L. 6. C. de Fabricens.* Vid. *Brunn. ad d. L. 6. n. 5.* Ita hodieque officiales, etiam deposito officio, dignitatem ac ordinem retinent.

Qv. VIII. *An statuum edicta ac leges recte comparentur Prætorum edictis?*

Laut. p. 11. verb. *Nec recte.*

NEG. (1) Quia Status jure proprio & vi superioritatis territorialis leges ferunt, Prætores vero nudo officii jure, ac vi concessæ administrationis. (2) Prætorum edicta saltem erant annua; *pr. Inst. de temp. ac perp. act.* Ast Leges Statuum sunt perpetuæ. Conf. *Dn. Hop. §. f. Inst. de Just. & Jur. & ad §. 7. de J. N. G. & C.* Hinc etiam actiones Civiles ex his legibus Statuum oriuntur, nec ulla ratione ad prætorias referri possunt. *Hahn ad Wes. tit. de Legib. N. 3. vers. Non recte. Wes. Cons. 27. n. 28. & 29. Reink. in alleg. apud Laut. loc.*

Qv. IX. *An civitates municipales & collegia statuta condere possint?*

Laut. p. 11. verb. *Civit. provinc.*

CIVITATES omnino statuta condere possunt, idque vel ex voluntate Principis expressa, vel tacita: Cui enim concessa est administratio civitatis, ei omnia concessa videntur, sine quibus illa commode expediri nequit. *arg. L. 2. ff. de Jurisd.* modo nihil contra legem generalem disponant, *arg. L. 5. de decret. ab ord. Heig. p. 1. q. 23. n. 25.*

An vero confirmari debeant, valde ambigitur in praxi? Alii negant; Alii affirmant; Alii ut le dicunt; *Hahn ad Wes. de LL. n. 3. verb decreta:* Mediam, quod scil. non valeant statuta nisi confirmata, usu fori receptam ait *Carpz. part. 3. decis. 298. num. 6. Hahn ad Wes. d. l.* Posterior tamen sententia, quod scil. confirmatio utilis sit, non necessaria, magis placet, *arg. d. l. 2.* illam.

illamque late defendit. *Heig d. q. 23. n. 30. Coler. de proc. exec. p. 1. c. 3. n. 12. & seq. Vasq. Ill. Contr. cap 47.* Utilitas autem in eo consistit, quod alias Princeps in causis per appellationem ad ipsum delatis, rejicere statuta posset. *Mev. de J. L. Qu. Prol. 2. n. 61. & sq. Dn. Stryk. in Annot. Succinct. ad Laut. h.* inprimis si vel contra jus commune vel ultra modum jurisdictionis aliquid continetur. *Dn. Stryk. dict. loc.*

NOT. Loquimur autem hic de civitatibus mediatis, nam immediatæ sunt Status Imperii, adeoque vi superioritatis territorialis etiam contra jus commune statuta condere possunt. *O. C. p. 1. tit. 57. Hahn. ad W. d. l.*

COLLEGIA licita, uti mercatorum, opificum &c. die Innungen, Zünffte und Gilden, itidem statuta de rebus & juribus sui collegii facere possunt *arg. L. 2. ff. de Jurisd.* & per text. expreß. in *L. f. ff. de Colleg. & Corp.* & *L. f. C. de Jurisd. omn. jud.* modo Legibus non sint contraria. *d. L. de Colleg.* Neque opus est confirmatione, quia lex ea jam confirmat *dd. ll. Hahn. d. l.*

Confirmationem quidem Praxi necessariam esse tradit *Laut. h. ibique Dd.* & *Webn. Obs. pract verb.* Zunfft, Innung & Gilden, *Carpzov. part. 3. dec. 298. n 5. Struv. Ex. 2 th. 42 ibique Muller. Hahn. ad Wes. d l.* Sed contrarium verius est idque ex dictis rationibus: Quibus add. *Besold. d. J. Colleg. c. 2. n. 2.* quanquam propter utilitatem peti soleat; *dd. Aut.* Ast confirmationem etiam ab inferiore magistratu impetrari posse ait *Dn. Stryk in not. ad h. l.*

QV. X. *An Princeps Privilegiis ab antecessore concessis obligetur?*

AFFIRMATUR, si antecessor valide ad illa obligatus fuit, uti si per modum pacti & contractus aliquid constituit, nam tunc jus subditis quæsitum nec ipse princeps, nec ejus successor auferre potest: Uti late & rationibus & autoritatibus defendit *Phil. Us. Pr. Inst L. 1. Ecl. 16. Carpz. p 1. dec. 87 n 4. & seq. Afflict. dec. 128. n 10. Cravett. Cons. 404. n. 11. Decian. Cons. 45. n 6 V. 2.* Secus ergo est (1) quando Princeps precario saltem & ex mera gratia privilegium concessit, vel pro suo arbitrio aliquid constituit, hoc enim uti ipse Princeps, ita ejus successor pro lubitu revocare potest. *arg. §. 11. de J. N. G. & C. Carpzov. d. dec 87. n. 16. Covarr. 3. Var. resol. 6. n. 1. Cacheran. decis. 90. n. 15.* vel si (2) in detrimentum reipublicæ concessa sint privilegia. *Perez. C. d. LL. n 16 Phil. d l. n. 2* Aut (3) jam, & in præsenti statu, reipublicæ noceant: Quia omnibus negotiis inest clausula *rebus sic stantibus.* Vid. *Disp. Dn. Par. de Clausula: Reb. sic stant. c 2. § 6.* Atque ex hoc fundamento revocarunt Angli privilegia antiquitus Civitatibus Hanseaticis concessa: Quod tamen quatenus admittendum sit, examinat *Dn. Par. in dicta Disput. de Clausula: Rebus sic stant. c 3. § 10.* juncto *c. 2. §. 11, 12. & 13.* Non vero (4) Plenitudo pote-

poteſtatis hanc facultatem privilegia pacto acquiſita pro lubitu revocandi Principi tribuit; *Carpzov. dict. dec. 87 n. 10.* ubi illam communem eſſe opinionem probat, & plurimos alios allegat. Vid *quæſt. ſequ.* Male vero diſtinguit *Bokelm. h. §. 24* teneri Principem privilegiis ab anteceſſore conceſſis, ſi jure hæreditario ſuccedat, non vero ſi electione: nam omnino utroque caſu obligatur ex pacto prædeceſſorum. *Phil. dict. loc. n. 1.*

Qv. XI. *An Princeps jus ſubditis quæſitum, ex plenitudine poteſtatis auferre poſſit?*

Equidem mirum eſt, quam vulgo jactetur brocardicum illud, Principem vi plenitudinis poteſtatis, durch einen Macht-Spruch, jura ſubditis quæſita intervertere poſſe. At refellitur hoc figmentum his ſolidiſſimus rationibus:

(I) Vel excedit illa plenitudo poteſtatis manifeſte fines juſti imperii, & erit injuria; vel eſt intra ejus fines, & tum idem erit ac imperium; uti ergo vi imperii jura, ſubditis quæſita, tolli non poſſunt, ita nec ex plenitudine poteſtatis, quæ iisdem, quibus imperium, finibus continetur.

(II) Sed & certum eſt, juris tuendi cauſa conſtituta eſſe imperia, & unicam ac ſolam introducendi imperii rationem in eo poſitam eſſe, ut homines juribus ſuis a divino rerum Creatore conceſſis tranquille uti queant. *B. Par. Diſp. de Imp. in par.* §. 2. & *Diſp. de ſumma pot.* §. 1. Conf. *cauſ. 23. qu. 5. c. 39. Auguſt. Ep. 54.* Tota hæc imperii ratio interverteretur, ſi Principi pro lubitu in populum graſſandi juraque ſingulis quæſita auferendi facultas concederetur.

(III) Hoc enim modo non differrent dominium & imperium, quæ tamen maxime diverſa ſunt, *L. 215. de V. S.* Nam dominium eſt (a) domini cauſa & ad ejus commodum pertinet, unde is (b) abuti dominio poteſt, *L. 21. C. Mand.* (c) omnia dominus ſibi acquirit, ſuoque nomine agit, ſed & (d) alienat &c. Omnia ſecus ſe habent circa imperia, utpote quæ (1) ſunt ſubditorum, non regnantis cauſa conſtituta: Princeps enim ideo eſt conſtitutus, ut juſtitiam æqua lance diſtribuat. Indeque (2) imperium omnem abuſum excludit; ſed & (3) Princeps non ſibi, ſed reipublicæ acquirit, ejusque nomine agit. Unde (4) non alienare poteſt bona reipublicæ, quia ita non adminiſtraret, ſed perderet &c. Tota, inquam, hæc diſtinctio ceſſaret, ſi ex plenitudine poteſtatis Princeps jus quæſitum ſubditis auferre, adeoque de eorum bonis & juribus pro lubitu diſponere poſſet: quin deſineret eſſe imperium, & fieret res privata. Vid. *optime hac de re differentem Celeberrimum Virum, Dn. Stiglizium, J. U. D. Profeſſorem Juris in Academia Lipſienſi, itinerum meorum olim ſocium amantiſſimum, in Diſp. de Immut. juris primog. c. 3. §. 13.*

Atque

Atque hinc (IV) ipsa formula, in Imperio nostro usitata: Aus Kayserlicher Macht und Vollkommenheit, saltem pro legitima potestate accipitur. Const. *Car. V. de an. 1529.* Wie Bruder-Kind, *§. 1. junct. R. I. de an. 1529. § 31.* it. *R. I. de an. 1530. §. 63. junct. subscriptione Ordinum.* Conf. *A. B. t. 3.* Vid. *d. Disp. §. 7. 8 & 9.*

Quin (V) *jus quæsitum auferre, ipsa natura prohibet; jus enim nostrum sine facto nostro* auferri nobis non posse, ipsius naturæ regula est, tradita quoque in *L. 11. ff. de Reg. Jur.* at, Juri naturæ etiam Princeps obligatur, *§. p. Inst. de J. N. G. & C.*

Unde (VI) ipsi Imperatores ajunt, nec Imperiali rescripto jus quæsitum cuiquam subverti posse, *L. f. C. si cont. jus. L. 16. C. de Transact. L. 20. C. eod.* morisque non esse Principis, in cujusquam injuriam beneficium tribuere. *L. 4. C. de Emanc.* Et semper ita fieri debere interpretationem, ut sine injuria, & præjudicio tertii intelligatur. *L. 2. §. 10. & 16. ff. Ne quid in loc. publ. L. 40. ff. de Adm. tut.*

(VII) Ipsa summa potestas Principis est ex jure quæsito, & ex dispositione Populi, si vero jura quæsita ita tolli possent, sane ipsa Majestas Principis tuta atque secura non esset.

Merito ergo (VIII) illud figmentum plenitudinis potestatis a Dd. rejicitur, *Carpz. P. I. dec. 78. n. 10. ibique late Dd. Dn. Par. Jur. publ. c. 20. §. 39. & Idem in Disp. de Imp. in par. §. 7. sq.*

OBST. (1) quod tamen Princeps ex utilitate publica multa, etiam contra rationem naturalem, statuere possit.

RESP. Illa non statuit vi plenitudinis potestatis, sed vi legitimi imperii, neque tunc contra rationem naturalem statuit, sed secundum eam: hoc enim ipsa ratio naturalis suadet, quod ingruente necessitate reipublicæ etiam jus quæsitum subditis auferri possit. *Grot. L. 2. c. 14. §. 7.*

OBST. (2) quod ipsi Status, tam Euangelici, quam Pontificii, illam plenitudinem potestatis agnoverint in imperio nostro, cum sæpius soli Imperatori ejusque decisioni quædam reliquerunt, *d. disp. de Imp. in par. §. 8.* Sed ibidem

RESPONDETUR, quod illud ex ultronea remissione Statuum contigerit, qui tamen omnino etiam illos casus, Imperatoris arbitrio relictos, expresse ratihabuerunt: Uti verba allegantur *d. disp. §. 9.* Sed & species ibi proposita, & arbitrio Imperatoris relicta, nunquam pro lege valuit, lis enim duravit, & plene demum quoad singulos articulos utriusque partis consensu *in Pac. Relig. & R. I. de an. 1555. §. 15. junct. §. 144.* definita fuit *d. disp. §. 10.*

Regula hæc, *quod Princeps jus subditis quæsitum auferre non possit*, a nobis proposita, vera est non tantum de jure quæsito a natura, sed & de jure quæsito ex Legibus civilibus. Nam posita lege, jus semel subditis quæsitum est ex consensu & voluntate Principis Legem constituentis, quod neque naturali ratione eis contraria voluntate auferri potest. Sane subditus, qui autoritate legis nixus quædam gessit, comparavit, vendit &c. fide publica deciperetur, si actus illi juxta leges civiles gesti noviori lege nulli declararentur. Conf. *infra Tit. de Re jud. q. 10.*

Obj. (1) Quod Princeps pro lubitu mutare et tollere legem possit. *§. 11. Inst. J. N. G. & C.*

Resp. Tollere in futurum potest, quia ratione futurorum non est jus quæsitum, sed quærendum; Ratione actuum præteritorum autem revocari lex & retro tolli non potest, quia eatenus jus subditis quæsitum est ex ipsa voluntate Principis.

Obj. (2) Quod leges etiam ad casus præteritos extendi possint, adeoque jus quoque quæsitum noviori lege tolli potest. *L. 7. C. LL.*

Resp. Verum hoc est, si jus antiquum sit dubium, tunc enim Princeps illud interpretari & hanc interpretationem etiam ad casus præteritos extendere potest, uti apparet ex *L. un. C. de Contr. Jud.* ubi jus antiquum, quo Præsides provinciarum immobilia comparare prohibentur, extenditur ad Consiliarios, eorumque domesticos, & præterea ad emtiones earundem personarum, quæ fiunt per intermediam personam. Neque enim hactenus jus quæsitum subditis dici potest, quia, licet verba legis antiquæ ad eos non pertineant, mens tamen legis & identitas rationis eos prohibuisse videtur, idque Princeps noviori lege non statuit, sed declarat: sed & nullum in jure extat exemplum, quo legem abrogatoriam ad casus præteritos extensam esse probari poterit, cum e contrario plurima exstent exempla, ubi nec interpretationes ad præteritas extenduntur. Vid. *Goth. ad L. 7. C. LL.*

Manet ergo regula, quod jus ex lege civili quæsitum subditis auferri non possit. *Grotius de Jur. belli & pac. L. 2. c. 14. §. 8. Brunnem. Cons. 1. n. 272.* Idque exemplo rerum judicatarum demonstravi *Part. 2. L. 42. t. 2. q.* 10.

Cæterum regula præmissa, quod Princeps jus subditis sive ex lege naturæ, sive ex lege civili, quæsitum nec ex plenitudine potestatis auferre possit, varias patitur exceptiones: Nam merito

Excipitur (1) casus necessitatis publicæ: quia hoc casu non ex plenitudine potestatis, sed vi legitimi Imperii, Magistratus de juribus subditorum disponere potest; hoc enim ipsa naturalis ratio suadet, quod ingruente neces-

neceſſitate reipublicæ populus eam Sanguine & bonis defendere debeat. *Grot. de Jur. bell. & pac. L. 2. c. 14. §. 7.* Sed & in pœnam, vita, bona, aliaque jura delinquentibus auferri poſſunt. *Grot. d. l.* Idque non tantum ex neceſſitate reipublicæ, ſed præterea ex vicaria illa Dei poteſtate, quam Principes in terris exercent.

Exc. (2) Si jus quæſitum dubium eſt, & Princeps nova lege illud ſaltem interpretatur, hæc enim interpretatio etiam ad caſus præteritos pertinet, & Princeps hactenus jus quæſitum non tam aufert, quam dubium circa illud ortum declarat.

Exc. (3) auferri quoque jus ſubditis poteſt, ſi illud non eſt quæſitum, ſed quærendum. Nam hinc eſt (1) quod Princeps legem mutare in futurum poſſit, quia quoad caſus futuros ſubditis non eſt jus quæſitum, ſed quærendum. Hinc (2) eſt, quod reſtitutus ex indulgentia Principis recipiat patriam poteſtatem quoad actus futuros. *§. 1. Inſt. Quib. mod. pat. pot. ſolv.* junct. *l. 13. §. 1. C. ſent. paſſ.* Nam eatenus ſaltem filio jus quæſitum eſt, ut ſit paterfamilias, quamdiu ipſius pater deportatus eſt, non vero eatenus, ut Principi non liceret patrem reſtituere.

Atque ex his principiis ſponte jam fluit deciſio quæſtionis aliquoties in curia Halberſtadienſi ventilatæ: An ſcil. ille, qui criminis abolitionem impetravit, famæque reſtitutus eſt, ad opificiorum collegia iterum admitti debeat: Acriter id negavit collegium ex illa ratione, quod jus ex ſtatuto, (quod infames excludebat) collegio quæſitum eſſet &c. Verum diſtinctione totam rem componi poſſe puto: Si enim infamia vera adeſt, & reus vel immediate a lege vel per ſententiam notatus eſt, tunc verum eſt reum jus Collegii amittere, & hactenus collegio ex ſtatutis ipſa voluntate Principis munitis jus quæſitum eſſe, quod contraria ejusdem voluntate ipſis auferri nequit. Si tamen Princeps hujusmodi notatum famæ & dignitati reſtituat, eumque ad opificiorum collegia admitti jubeat, neceſſario quidem recipiendus erit, quia poſt reſtitutionem non amplius eſt infamis; At non retro jus collegii recipit, ſed nova erit acquiſitio, ultimum occupabit locum, *L. 2. pr. & ff. 1. decur.* ſalarium, commoda & emolumenta eis quibus ſemel eſſere, non auferentur, *arg. l. 7. C. ſent. paſſ.* omniaque præſtare debebit, ac ſi nunquam in collegio fuiſſet: *arg. d. l. 2. §. 1. in f.* Si vero infamia demum ex legis condemnatione ſequitur, ut in viro adultero, *l. 43. ff. Rit. Nupt. l. 2. §. 3. His qui not. inf.* & in reis reliquorum criminum publicorum, *Laut. p. 62.* tunc abolito crimine, nec ſecuta ſententia, reus non amittit jus collegii: Quia jus quæſitum collegio non eſt ante ſententiam. Cum ergo reus non ſit infamis, excludi a collegiis non poteſt.

Atque hinc collegium eum, qui adulterii accusatus est, & criminis abolitionem impetravit, recipere, eique omnia emolumenta retro præstare coactum est in causa W. contra die Schmiede-Gilde, & in causa P. contra Cap. SS. B. & M.

LIB. I. TIT. V.

DE STATU HOMINUM.

Qv. I. *An homines proprii recte comparentur servis?*

Laut. p. 12. verb. Homines proprii.

RESP. Non recte illis comparantur quoad PERSONAM; hactenus enim homines proprii liberi sunt, uti quotidiana praxis id testatur: Hinc recte *Lauterb. h.* ait, eos non excludi a communione juris civilis; Nam pater liberos habet in potestate, Dn. *Stryk. U. M. h. §. 5.* uxor sequitur maritum, homines proprii testamenta faciunt, contrahunt &c. D. *Stryk. ibid.* Processum instituunt contra ipsum dominum, Dn. *Stryk. d. l. § 8.*

Sed quoad ACTIONES possunt omnino servis æquiparari, nam in eorum actiones dominus jus aliquod reale habet. *Dn. Par. Hyp. tit. de Jur. Pers. §. f. Schilt. Ex. ad ff. 1. §. 5. Klock. V. 1. Cons. X. 732.* Unde liberi quoque inde nati ejusdem sunt conditionis. *Mev. P. 4. D. 22.* alienantur cum fundo, *Late Phil. Us. Pr. Inst. L. 1. Ecl. 38. Dn. Stryk. U. M. h. §. 9.* discedentes ex fundo dominus vindicare potest, *Mev. p. 3. D. 9 & P. 5. D. 228.* denique manumissio quædam, vel potius operarum remissio, dato pretio observatur, *Dn. Hopp. ad § 2 Inst. de Libertin. Dict. Hyp. tit. de Libertin. §. 3* & late *Phil. Us. Pr. Inst. L. 1 Ecl. 39.* ubi formulas quoque ac literas manumissionis exhibet. *n. 11.* Hinc jam apparet, quam vera sit sententia *Laut. h.* Quod argumenta a servis ad homines proprios valeant: Nam Ecce, si nimium sæviant domini, manumittere eos tenentur, *arg. § 2. Inst. de his qui sui. L. 1. §. 2. ff. Eod. Phil. L. 1. Ecl. 39. n. 2. & Ecl. 43. n. 2. ibique late Dd.* Manumissio quoque hodieque fit vel inter vivos, vel per ultimam voluntatem. *Phil. d. Ecl. 39. n. 5.* manumissi quoque debent reverentiam, ac revocari possunt in pristinum statum propter ingratitudinem, &c. *Schilt. d. Ex. 3. th. 5. pr.*

Qv. II. *An Peregrini excludantur a communione juris civilis?*

Laut. p. 11. verb. Excluduntur ab &c.

De Jure antiquo id indubium est, *L. 1. C. de her. Inst. ibique Gothofr. (qui late differentias inter cives & extraneos recenset). L. 10. §. 6. ff. de in jus voc.*

voc. Hinc peregrini quoque proprium prætorem habebant, qui ipſis jus dicebat, indeque peregrinus vocatus eſt. *L. 2. ſ. 28. ff. de O. J.*

At per conſtitutionem Antonini omnes, qui in orbe Romano ſunt, cives Romani facti ſunt, *L. 17. ff. de Stat. hom.* quod poſtea Frid. II. confirmavit in *Auth. omnes Peregr. C. Commun. de Succeſſ.* Atque illa conſtitutio hodieque in Imperio in CAUSIS PRIVATIS obtinet, & omnes peregrini æque utuntur jure civili ac cives ipſi, niſi excludantur jure talionis; Nam vi juris talionis recte Galli & Angli excludi poſſunt a ſucceſſione immobilium in Germania, *arg. tit. ff. quod quisque juris.* Vid. *Quæſt. ad eund. tit.*

In TERRIS ET JURIBUS PUBLICIS Imperii vero omnino, ac pleniſſime obſervatur jus Albinagii, (1) ratione *Terrarum*, nam terræ, quæ non ſunt juris Germanici, ſed vel juris Slavici, vel Italici &c. non concurrunt in adminiſtratione regni Germanici, *Dn. Par. J. Publ. c. 1. §. 12. & c. 7. ſ. 7.* non proprium conſtituunt circulum, *d. J. Publ. c. 4. ſ. 3. & 4.* nec votum & ſeſſionem habent in Comitiis tanquam Status. *d. J. P. c. 19. §. 9. & 10. ſeq.* (2) Ratione *Perſonarum*; nam ad officia & dignitates Imperii nemo admittitur niſi Germanus: Ita Imperator eligi debet Germanus, *J. P. c. 8. §. 3.* nec Elector alius eſſe poteſt quam Germanus, *ibid. c. 11. §. 12.* nec Status Imperii, *ibid. c. 19. §. 19. 10. ſq.*

Extra Imperium, & in civitatibus quibusdam Imperii, obtinet quidem jus Albinagii, ſed quam diverſum id ſit ab antiquo jure Albinagii, demonſtratur *dict. J. Publ. c. 31. §. f.*

Qv. III. *An hermaphroditus, utroque ſexu æquivalente, poſſit eligere quonam velit uti?*

AFFIRM. Nam monſtroſum eſſet, utroque ſexu ſimul uti, v. gr. ſimul nubere & uxorem ducere, quæ monſtroſiſſima eſſet polygamia, *Carpzov. Jurisprud. Conſiſt. L. 2. def. 16. n. 11.* hinc alia ratio non eſt, quam ut ejus arbitrio committatur, quo uti velit; & tum alterius ſexus uſus ipſi interdictus erit, ſoletque tunc jurejurando adigi, ſe altero ſexu non uſurum; Quam electionem neceſſario ſequuntur jura, quæ illi ſexui cohærent, adeo ut electo maſculino utatur quoque juribus maſculorum, ſcil. patria poteſtate, & quæ inde pendent juribus emancipandi, tutelæ, capiendæ dotis, aliisque, *L. 15. ff. teſtib. &c. L. 6. §. fin. ff. Poſth. hær. Inſt. L. 10. ff. de Stat. hom.* In feudo ſuccedit, *Carpz. Jurispr. Conſ. L. 2. t. 1. def. 16. n. 10.*

Laut. p. 13. verb. ſi neuter prævalet.

An vero hermaphroditus, electo v. g. maſculino ſexu, poſtea, mortua forte uxore, poſſit nubere, ambiguum videtur? Equidem quia parem utrius-

que

que ſexus facultatem habet, naturæ ratio non impedit: Verum non videtur hoc ſine ſcandalo permitti poſſe, ſatiusque eſſe id prohiberi. Quod ſi tamen utatur fœminino, tunc verum eſt, quod in *hoc actu* non utatur juribus maſculorum; actus enim, qui naturam ſexus ſequuntur, in arbitrium & electionem ejus conferri non poſſunt; Sed, quia peperit, utitur juribus fœminarum: *In reliquis* vero omnibus actibus valet adhuc prior electio, ac propter mutationem ſexus, perjuriumque, arbitrarie punitur.

Hæc ita de iis, quæ naturam ſexus ſequuntur, indeque pendent. Illa vero privilegia, quæ juris beneficio ſexui propter ejus præſtantiam vel infirmitatem tributa ſunt, ut SCtum Vellejanum fœminis, facultas munera publica gerendi maſculis &c. ea plane ceſſare videntur; Quia non poteſt comparatio ſexus præſtantioris & infirmioris in eo fieri, in quo uterque pariter eſt; nec idem homo videri præſtantior fœminis, qui & fœmina æque eſt; nec infirmior maſculis, qui idem æque maſculus.

Etſi vero caſus hi rariſſimi ſint, poſſunt tamen contingere, uti exemplum refert *Amman. Iren.* p. 162 ubi uterque conjux fuit hermaphroditus, & uterque quoque imprægnatur. Conf. *Zach. Quæſt. Med. Leg. L. 7. t. 1 quæſt. 8. n. 6. ſq.* & ex profeſſo *n. 24. n. 26. & n. 29. Montuus de Med. theoret. L. 1. C. 6.* ubi plura exempla adferuntur.

Qu. IV. *An, & quando poſthumi pro natis habeantur?*

Laut. p. 13. verb. attamen pro natis.

RESP. Regulariter poſthumi non ſunt homines, nec in rebus humanis eſſe dicuntur; aliquando tamen propter utilitatem eorum receptum eſt, ut fictione juris pro natis habeantur: Utile autem eſt, ſi (1) agitur de eorum commodo, *L. 7. h. L. 30. §. 1. A. O. H. L* 231. *V. S.* & (2) res differri non poteſt in tempus nativitatis.

DISSENTI *Lauterb.* uti ſi exſpectata nativitate jure ſuo exciderent. (Nam tunc vi hujus fictionis adeunt hæreditatem, *ſ. 7. Hær. quæ ab inteſt.* poſtliminium habent &c. *L. 26 ff. de ſtat. hom. &.*) Si proinde vel non agitur de commodo pupillorum, vel jus ipſis ſalvum eſt in tempus nativitatis, non opus eſt illa fictione, nec pro natis habentur: Atque hinc eſt, quod in materia collationis, utpote quæ differri poteſt ad tempus mortis, pupillus non habeatur pro nato *L. ſ. ff. de Collat.* (quæ proinde dictis legibus non obſtat). Modo (3) vivi naſcantur, *d. l. 30.* (4) perfecti, *d. l. 3. C. Poſth. hær. Inſt.* Nam ſi vel mortui prodeunt, vel per abortum, itidem non opus eſt illa fictione.

Effectus eſt, quod, ſi ſecundum hæc requiſita partus prodit, hæreditatem acquirat, illamque ad ſuos cognatos transmittat: Sed uno deficiente, ceſſat tota illa fictio, proinde hæreditas tota ad defuncti proximos cognatos defertur;

tur; Quæ quotidie disceptantur. Vide *Carpzov. part. 3. Const. 17. def. 17.* & præjudicia apud *Philip. Uſ. Pr. Inſt. L. 3. Ecl. 1. & Ecl. 4.*

Qv. V. *An etiam vivi nati cenſeantur, qui mox decedunt non emiſſa voce?*

NEGAT *Lauterbach h.* Sed rectius

AFFIRMATUR, (1) quia mutus naſci & (2) aliunde de ejus vita conſtare poteſt, v. g. Wann es ſich regt, oder das Herze beweget, wenn es ſeufzet, *Carpz. 2. d. def. 18. n. 7.* Wenn man dem Kinde geriebenen Pfeffer in die Naſe bläſet, und daſſelbe ſchnupfet. *Carpz. 2 d. def. 19. n. 6.* Sic obſtetrices plumam ori & naribus admovere, & ex ejus motu de vita ſtatuere ſolent, &c. (3) per text. expreſſ. in *L. 3. C. poſth. Inſt.* ibi: *ſi vivus natus eſſet, etſi vocem non emiſiſſet*, & in fin. *hoc tantum requirimus, ſi vivus ad orbem totus proceſſit, ad nullum declinans monſtrum vel prodigium.*

Laut. p. 14. verb. *& illico voce &c.*

Atque hæc ſententia uſu fori obtinet, uti præjudicia ſunt apud *Carpz. p. 3. conſt. 17. def. 18. & 19. Phil. Uſ. Pr. Inſt. L. 2. Ecl. 65. n. 8. & ſeq. L. 3. Ecl. 4. in f. Rennem. L. 1. D. 1. qu. 9. Rauchb. p. 2. qu. 15. n. 49. Coler. part. 2. dec. 258. n. 5. Brunnem. ad d. l. 3.*

Qv. VI. *An monſtra pro liberis habeantur?*

Monſtra ſunt, quorum corpus, vel caput, vel vox, bruti magis formam refert, quam hominis: *L. 135. de V. S.* Hæc pro liberis non habentur. *Struv. Ex. 3. §. 4. Dn. Par. ad Zach. quæſt. Med. Leg. L. 7. t. 1. qu. 1. pr. & n. 6. Phil. Uſ. Pr. Inſt. L. 3. E. 1. n. 10.* Adeoque nec rumpunt teſtamentum. *L. 3. C. poſth. hær. Inſt. L. 14. ff. de ſtat. hom.* Idque etiam in praxi verum eſſe teſtatur *Stryk. U. M. h. §. 15.*

OBST. *L. 135. de V. S.* ubi monſtrum prodeſt matri ad jus liberorum, adeoque liberorum numero habetur.

RESP. Pro partu quidem habetur, non vero pro filio; nam cum revera peperit mater, omnia illa jura conſequitur, quæ propter dolores partus concedi ſolent: Porro etiam prodeſt ad evitandam pœnam orbitatis: *Bokelm. h. tit. §. 7.*

OBST. quod monſtrum animam habeat, adeoque homo ſit, indeque hominum jure utatur.

RESP. Eſt homo quoad animam, non vero quoad corpus, hinc illa jura, quæ corpus quoque reſpiciunt, uti ſucceſſio &c. ipſis non debentur, ſed ſola alimenta, indeque nec liberorum numero veniunt.

NOT. Monſtra occidi nequeunt, *Dn. Par. ad Zach. d. pr.* quia homines ſunt quoad animam (de tali enim monſtro loquimur, nam ſi ex coitu beſtiali ſit, facile id largimur, cum *Dn. Stryk. d. l. Huber. ad ff. h. t. ſ. fin. Dn Par. ad Zach. d. l.*) Adeo ut pœnam homicidii locum habere quidam aſſerant apud *Dn. Stryk. d. l.* Hoc equidem certum eſt, impune huiusmodi monſtra occidi non poſſe. *Ant. Matth. de Crim. tit. de Sicar. c. 1. n. 6. in f. Dn. Stryk. d. l. Huber. ff. h. n. 7.* quanquam communis fere Gentium praxis ſit contraria, per ea, quæ late deducit *Gothofr. ad L. 135. de V. S. l. 6. Bokelm. ff. h. §. 7.* & inprimis *Ant. Matth. de Crim. tit. de ſicar. c. 1. n. 6. in f.*

LIB. I. TIT. VI.

DE HIS, QUI SUNT SUI VEL ALIENI ETC.

QV. I. (α) *An parentum poteſtas ſit ex jure naturæ?* (β) *Ex qua cauſa parentibus acquiratur?* & (γ) *quinam ejus ſint effectus?*

Laut. p. 14. verb. Origine eſt ex jure N.

(α) RESP. Ipſum *jus* poteſtatis ejus, quæ parentibus in liberos competit, omnino ex jure naturæ, & in eo omnes conſentiunt: Conf. *L. 5. de Juſt. & Jur.* Sed *effectus* illius poteſtatis qui inter gentes obtinent, fere ſunt ex jure civili, uti id plenius ex num. (γ) apparebit.

(β) Cauſa, quæ liberos in poteſtate parentum eſſe jubet, admodum controvertitur: *Alii* enim parentibus poteſtatem illam acquiri vi *generationis* putant. *Grot. L. 2. c. 5. §. 1.* refutatus a *Dn. Par. in Diſp. de Jur. Gener. §. 1.* *Alii* ex *præſumto conſenſu liberorum*, uti *Pufend. de J. N. & G. L. 6. c. 2. §. 4.* *Alii* jure occupationis ac ventris, *Hobbeſ. de Civit. c. 9. §. 2. & 4.* Addat. *Albert. de J. N. p. 2. pag. 189.* *Alii* a στοργῇ naturali, uti *Teſm. ad Grot. d. l. §. 1.* *Alii* a *dominio*, quod pater in ſemen habet &c. *d. diſp. §. 4.*

Sed verius eſt, ſolam Dei voluntatem eſſe cauſam, uti omnium jurium, ita & poteſtatis parentum. Solus enim Deus & potuit & voluit parentibus injungere educationem, liberis vero reverentiam: quod late probatur *d. diſp. §. 9.* & 10.

(γ) Effectus patriæ poteſtatis ſunt naturaliter duo: (1) Quod liberi a parentibus educari debeant; utpote cum educatio ſit conſequens, quin pars procreationis: Neque enim ratio dari poteſt, cur educatio aliis potius, quam paren-

parentibus, injungi debeat: Inprimis, cum ipsa natura matri alimenta suppeditet, quibus partus nutriri debet. Accedit præterea instinctus, quem natura omnibus animantibus indidit: Ac denique unanimis Gentium consensus, *L.* 1. §. 3. *de J. & J. Disp. Dn. Par. de Tutel. Illustr. cap.* 1. §. 3 *Grot. d. l.* § 2. *n.* 1. (2) Quod liberi parentibus debeant reverentiam, quia pater est alter creator, & gignendo quasi Deum refert, teste Philone; unde parentes etiam Dii vocantur; Vid. *Grot. Prol.* §. 14. *ibique Not.* Hinc cultus parentum ex eo jure deducitur, quod ratio naturalis inter omnes homines constituit. *L.* 2. *ff. de J. & J. Grot L.* 2. *c.* 5. §. 3. *Albert. de J. N. p.* 2. *p.* 188. Conf. Oratio Volumniæ apud *Dion. Hal. L.* 8. *c.* 5.

Omnes reliqui effectus patriae potestatis sunt mere civiles & pro lubitu constitui vel mutari possunt. Vid. *Laut. p.* 16.

Qv. II. *Cur liberi ex justis demum nuptiis nati censeantur esse legitimi?*

RESP. Hoc inde est, quia naturaliter omnis pater est incertus: Adeo ut filius certo asserere non possit, se ex hoc vel illo patre descendere: Non enim *patri* ipsi ejusque asserto fides haberi potest, quia testaretur de facto alieno, in quo falli potest, neque etiam *matri*, tum quia unius est testimonium, tum quia in propria causa profertur: Atque hanc sententiam pluribus autoritatibus probat *Grot. L.* 2. *c.* 7. §. 8. Et jure Romano conditio, quæ adiicitur filio *si se testatoris filium probaverit*, pro impossibili habetur. *L.* 83. *ff. Cond. & dem.*

Laut. p. 11. verb. *censentur autem.*

Hinc ergo talis admittenda est certitudo, qualis inter homines haberi potest. *Disp. Dn. Par. de prob. Neg. c.* 1. *§.* 10. inprimis, *cum in moralibus & naturalibus punctum non inveniatur sine aliqua latitudine. Grot. L* 1. *c.* 2. *§.* 8. *n.* 4. & *L.* 2. *c.* 1. *§.* 5. *n.* 1. Non autem sunt alia indicia probabiliora, nec certiores coniecturæ, quæ illam incertitudinem suppleant, quam quæ ex præsumtione justi matrimonii oriuntur: Egregie hæc ita traduntur in *L.* 6. *ff. de his, qui sui &c. Non ferendum Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum.* Cum enim penes maritum sit plenissima potestas cohabitandi, cum uxor sub ejus sit custodia, cum illa promittat se cum illo cohabitaturam, cum legitimo tempore edatur partus, fortissima simul est præsumtio, ex tali marito partum provenire. Hinc notabiliter ait JCtus in *L.* 12. *de stat. hom. Credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.* Et pater definitur, quod sit ille, *quem justæ nuptiæ demonstrant*, *L.* 5. *ff de in jus voc.* filius vero dicitur esse, *qui ex viro & uxore ejus nascitur*, *d. l.* 6.

Hinc jam apparet, quod cessante illa præsumtione justarum nuptiarum, partus vel plane non, vel non absolute sit legitimus: Vti (1) si est vulgo quæsitus sive spurius, (2) si mater est adultera, (3) si intra annum luctus nubat, (4) si extra terminum naturalem, i. e. sexto vel septimo mense post diem nuptiarum, vel 11. & 12. mense post mortem mariti partum edat: Denique & (5) si uxor olim, & cum innupta esset, meretricio more vixit. De quibus singulis suis locis.

Qv. III. *An partus II. III. IV. V. VI. VII. vel VIII. mense a die nuptiarum natus, perfectus, & legitimus nascatur?*

Ad hanc quæstionem rite decidendam quædam præmittenda sunt.

Laut. p. 10. verb. A quo.

I. Tempus nascendi inter homines non tam certum esse ac in brutis. *Aristot. L. 7. Hist. anim. c. 4. Plin. L. 7. Hist. c. 5. Not. ad Zach. Qu. M. L. p. 40. n. 1. & p. 41. n. 5. cum late sqq.* Sed cum magna latitudine, adeo ut in 4. menses a septimo scil. in decimum, experientia teste, possit nascendi terminus patere, ut deinceps dicetur. *Dn. Par. ad Zach. p. 44. n. 56. & p. 46. n. 70.*

II. Aliud esse partum *perfectum*, aliud *legitimum*. *Perfectus* est, qui omnibus ad vivendum necessariis organis instructus est, & spurius quoque esse potest, *L. 12. pr. ff. de stat. hom.* quin monstrum, *L. 135. ff. de Verb. sign. Legitimus* vero, qui ex justis nuptiis editus est, & imperfectus vel abortus quoque esse potest, *d. l. 12. in f. Carpz. Cons. L. 2. def. 227. n. 4.* hinc partus adulterini, incestuosi &c. perfecti esse possunt, non tamen legitimi, *Dn. Par. ad Zach. p. 40. pr.*

III. Alia quæstio est, an aliquo mense homo possit nasci, alia, an eo mense præsumatur natus in dubio: nec enim ambigitur, septimo vel octavo mense posse partum edi; sed, an septimo a nuptiis mense editus intelligatur ante an post nuptias conceptus, & v. g. nonimestris potius quam septimestris esse, quæritur?

IV. In praxi quoque duos casus distingui solere: *Alterum*, quo maritus contradicit, & suspectum habet partum ex numero mensium, de quo casu infra. *Alterum*, quo maritus nihil movet, nec partum ex se conceptum dubitat, sed judex arguit, ante nuptias eum cohabitasse, eoque multam des frühen Beyschlafs exigi. *Carpz. Cons. L. 2. def. 227.*

His præmissis videndum de re: Equidem quo mense perfectus vel quo legitimus nascatur partus, adeo incertum est, ut per omnes prope menses vagetur quæstio: Mense SECUNDO nasci legitimum, asserere videtur *Dn. Laut.*

p. 15.

p. 15. Menſe TERTIO & QUARTO vivum naſci poſſe, tradit *Concennat. Singul. quæſt. 4. n. 4. L. 2.* idque autoritate *Esdræ L. 4. c. 6. verſ. 21.* refutatus a *Zach. p. 50. n. 7. & Carantz. de Part. c. 8. n. 3.*

QUINTO menſe perfectum partum admittunt, illumque exemplis & autoritatibus adſtruunt *Torreblanc. L. 2. Dæmonial. c. 43. n. 16. n. 21. & n. 27.* & *Dd. apud Zach. L. 1. t. 2. qu. 2. ſ. 49. n. 6.* legitimumque eum pronunciant *Choppin. de Privil. ruſt. L. 3. c. 8. Goth. ad Nov. 39. c. 1.* & *Dd. apud Zach. d. q. 2. p. 50. in pr.*

SEXTO menſe natum abortum verum ait *Zach. pag. 46. n. 80. 91. pag. 51. n. 13.* quia licet vivus naſcatur, mox tamen moriturus eſt, adeoque putat pro nato haberi non debere. *d. p. 51. n. 18.* Et in hac quoque ſententia ſunt JCti *Sichard. ad L. 3. C. poſth. hær. Rauchb. part. 2. qu. 24. n. 29.* qui proinde talem partum illegitimum pronunciant: Indeque nec rumpere eum teſtamentum putant. *Maſcard de prob. concl. 146. n. 1. tom. 3. & Dd. apud Zach. d. p. 51. n. 12.* Alii e contrario vivum naſci poſſe, autoritatibus & exemplis probant, *Torreblanca d. l.* & *alii apud Zach. d. pag. 53. n. 39.* Hinc legitimum eſſe, atque rumpere teſtamentum tradunt *Coler. deciſ. 258. Carpz. p. 3. conſt. 17. def. 18. Brunnem. ad L. 3. C. poſth. hær. Inſt. Bald. conſ. 113. n. 5. Vol. V.* & infiniti alii apud *Peregr. de fideic. art. 43. n. 29.*

SEPTIMO menſe natus pariter abortus dicitur, *Zach. pag. 48. n. 102.* quia ex centum vix unus vivit, *pag. 45. n. 57. & 61.* idque rationibus quoque probat *pag. 58.* quin nec antiquos Romanos talem admiſiſſe ex *Varr. L. 14. rer. div.* & *Gell. N. A. L. 13. c. 16.* probat: Aſt vivum partum & perfectum ſeptimo menſe naſci poſſe, ipſe Hippocrates fatetur, & ex eo JCtus in *L. 3. his qui ſui vel.* Plato quoque *L. 5. de Republ. in med.* talem agnoſcit, & ipſe quoque *Zach. pag. 47. n. 94. p. 55. n. 6. p. 52. n. 26. p. 53. n. 35. & p. 55. n. 3. & ſq.*

OCTAVO menſe plane nec vivere poſſe partum *Hippocrates* ait *Lib. de Carn. & de ſept. & octim. part.* idque probare experientiam tradit *Zach. p. 45. n. 60.* & late *p. 59. n. 1.* ubi tam JCtos quam medicos ita pronunciantes affert. Conf. *Afflict. dec. 236. & Dd. ibid. p. 60. n. 2.* Unde eum nec rumpere teſtamentum ſtatuit. Conf. *Moll. Sem. L. 3. c. 28.* Aſt exempla contraria partus octimeſtris & vitalis recenſentur apud eundem *Zach. pag. 60. n. 1. in f.* Autoritates afferuntur *p. 63. n. 31.* & *p. 64. n. 45.* ubi ipſius Henrici VII. primogenitum fuiſſe octimeſtrem tradit: Ipſe denique *Zach. p. 60. n. 3. ſq.* id fatetur, indeque talem partum rumpere teſtamentum ac pro legitimo haberi teſtatur *Ziegl. in not. ad Zach. p. 60. n. 2. Arum. L. 2. dec. ult. n. 50. & Dd.* apud *Zach. p. 63. n. 31.*

Verum quicquid hactenus disceptant Medici & Philosophi, frustra est; ea enim res dudum jam jure decisa, omnesque fere horum mensium partus rejecti sunt, ut neque pro perfectis habeantur, neque pro legitimis: convenitque, sexto demum mense perfecto, adeoque mense septimo (nedum octavo, nono, & decimo) nasci partum perfectum: *d. L. 12. ff. de Stat. hom.* Unde & efficitur, nec ante legitimum nasci posse, *d. L. 12. in f.* Quare mittimus reliquos menses, & medicorum de iis disputationes, quippe in usu juris inutiles: Etsi enim contingeret quasi miraculo, ut citius & v. g. quinto, aut sexto mense absolutus fuerit partus, tamen impossibile prope erit, probare eum, qui quinto a nuptiis mense editur, non fuisse ante quintum mensem & ante nuptias conceptum. Neque enim, si medicorum disputationes efficiant, quod casu forte talis partus fieri possit, simul quoque efficient, id in hoc casu factum esse, eumque a conceptione quintum mensem esse, uti est a nuptiis: Sed &, licet casu aliquo id factum probari posset, casus Phœnice & albo corvo rarior, regulam non faciet aut tollet, de quo *ad fin. h. qu.*

His igitur missis reliquos menses evolvemus, & cum de natis nono ac decimo conjugii mense res expedita sit, eos legitimos haberi, *Zach. L. 1. §. 2. qu. 5. per tot. & pag. 44. n. 55.* it. *pag. 47. n. 101.* superest saltem quæstio de *septimo* & *octavo* mense, an his mensibus nasci possit, & an natus pro legitimo partu habendus sit? De *septimo* jam mense constat partum perfectum edi, non abortum, matremque tunc peperisse, non abortisse, *d. l. 12.* quo posito, dubium omne de octavo & ulterioribus mensibus tollitur, quoniam cum tempore augetur non minuitur in utero maturitas & perfectio partus.

Ast alia quæstio est, an septimo conjugii mense editus pro legitimo sit habendus: Quod Dd. vulgo affirmant ex *d. l. 12. de stat. hom. & L. 3. §. p. ff. de suis & legit.*

Sed, si lis sit inter conjuges ipsos, & maritus neget ex se natum esse, non puto partum, causa non cognita, ipsi invito pro legitimo obtrudi posse: Hoc igitur casu magis præsumtio erit pro marito, idque (1) quia hoc mense partum perfectum nasci rarentissime contingit, ut *Gell. N. A. L. 2. c. 16. Plin. L. 7. c. 5. Terent. in Hec. act. 4. & 5.* testantur; regulariter vero partus nono vel decimo mense edi solet, hinc ergo id præsumendum est, quod plerumque, non quod tam raro accidit: Inprimis (2) si partus non sit debilis, sed sanus & firmus; Etenim fieri non solet, ut eodem momento seu tempore partus & perficiatur, & protrudatur extra uterum; Sed ita comparatum est, ut cum perfectus jam sit organis suis, tum spatium adhuc detur, quo firmentur membra, & robur accipiant, atque tunc demum vitalis nitatur in auras. Præsumen-

ſumendum igitur eſt pro eo, quod naturale eſt, & pro ordine, quem natura ſervare ſolet: Hinc (3) Uſus exemplis docet, partus ſeptimeſtres eſſe infirmos adhuc, molles & debiles, & memini Virum quendam, patre, Medico celeberrimo, ſeptimo poſt primum partum menſe (ut dubium non fuerit, quin eſſet ſeptimeſtris) natum, adeo debilem ac viribus deſtitutum fuiſſe, ut vino calefacto, efficacibusque fomentis & herbis fuerit fovendus, & ita conſervandus, ne periret; Et aliquali ſemper imperfectione laborare hujusmodi partum egregie demonſtrat *Zach. p. 59. n. 64. & ſq* & Cicero, cum de filia, quæ partum ſeptimo menſe enixa eſt, loquitur, ait: *ſeptimeſtris eſt, ſed valde imbecillis. Cic. L. 10. ad Att. ep. fin.* Quod ſi igitur (4) ſeptimo conjugii menſe, qui editur, firmus ac robuſtus ſit, fortiſſima ſane præſumtio eſt, eum non ex conjugio ſeptimeſtri, ſed ante conceptum eſſe; Atque hinc (5) accurate circumſtantiæ ſunt conſiderandae, & ante omnia diligenter inſpiciendus partus, examinanda membrorum mollities ac infirmitas, qua in re magnam autoritatem habet peritorum medicorum judicium, utpote cum medici definiant, qualis ſingulis prope menſibus partus ſit forma & maturitas, & quantum quoque menſe efformatio ejus promoveatur: (An ex lineamentis partus eorumque ſimilitudine argumentari liceat, vid *Treutl. D. 2. th. 5. l. f. ibique Bach.*) Si enim hae circumſtantiæ pro partu militant, debet legitimus pronunciari: Uti id faciunt *Carpz. p. 4 conſt. 27. def. 13. Coler. part. 1. dec. 99. n. 3. Richt. p. 2. dec. 89. Hahn. ad Weſenb. h. t. n. 3.* Si vero (6) probationes nullo modo haberi poſſunt, ſed partus ſit firmus ac robuſtus, tunc contra partum potius pronunciandum nos exiſtimamus, quam ut marito periculum furtivi & ſuppoſiti partus obtrudatur. Atque ita (7) in Facultate Viadrina An. 1691. pronunciatum fuit in cauſa perſonæ illuſtris, in qua matresfamilias riſere, cum audirent, advocatos defendere, partum ſanum ac robuſtum ſeptimo menſe natum videri: idem late probat *Zach. p. 59. num 64. & Rennem. Diſp. 1. th. 13.* Quod (8) multo magis ſervari debet, ubi de ſucceſſione principatuum inprimis agitur; nam uti majus hic verſatur præjudicium nuptiarum, legitimorum liberorum, & cognatorum, ita magis quoque ſuſpectus eſt partus: Hinc Ariſto filium ſeptimo menſe natum negavit filium eſſe, eumque ideo regno excluſit, apud *Pauſan. Lib. 3. p. m. 221. Herodot. L. 6. n. 156. ſeq.* Gerhardus Comes Holſatiae ideo repudiavit conjugem apud *Zach. d. l. &c.*

Obj. (1) *L. 12. ff. de ſtat. hom.* ubi ſeptimo menſe naſcitur partus perfectus, indeque concluditur, etiam naſci legitimum. Sed

Resp. Additur ibi, ſi & *ſeptimo menſe & ex juſtis nuptiis* naſcitur, unde e contrario apparet, non ſufficere, *ſeptimo menſe* natum eſſe, niſi & probetur, *ex juſtis nuptiis* editum eſſe.

Inst.

INST. Quod partus ſeptimeſtris legitimus ſit, non inferri in *d. l. 12.* ex eo, quod *juſtis nuptiis* natus (de quo caſu dubitari non potuit) ſed quod perfectus ſit.

RESP. JCtus duo concludit, *& juſtum & filium*, i. e. non abortum eſſe: *Illud* ex eo, quia *ex juſtis nuptiis* naſcitur, *hoc*, quia *ſeptimo menſe* natus, eoque perfectus partus, & filius eſt, non abortus: *Illud* jure definitur, *hoc* ſolum judicio medicorum, & in *d. l. 12.* autoritate Hippocratis.

OBIJ. (2) *L. 3. §. f. ff. de ſuis & legit.* ubi partus die 182. (quod eſt initium ſeptimi menſis) natus, juſto tempore natus dicitur.

RESP. Non ibi contentio eſt inter conjuges: Sed tantum quæritur, in libertate an ſervitute natus ſit, ſi mater poſt manumiſſionem die 182. peperit? Hic igitur non quæritur de præjudicio mariti: Nec metus eſt partus ſuppoſititii, ſed liber, an ſervus ſit. In dubio igitur pro libertate pronunciabitur. Et Hippocrates non niſi in id allegatur, quod eo tempore poſſit edi partus perfectus.

OBSTAT (3) *L. 1. §. 14. Agnoſc. lib.* ubi is, qui longo tempore abfuit, & uxorem prægnantem invenit, filium pro legitimo agnoſcere debet.

RESP. Imo contrarium ibi dicitur: ut vero de ſenſu hujus legis conſtet, præmittendum eſt, quod maritus, qui longo tempore abfuit, & qui negat uxorem ex ſe prægnantem eſſe, cuſtodes mittere, aut denunciare uxorem non eſſe ex ſe prægnantem debeat, *L. 1. §. 3. ff. agn. lib.* quo facto non tenetur agnoſcere partum, ſed mater probare debet, vere filium eſſe, *d. l. 1. §. 4.* Si has ſolennitates omittit, neceſſitas probandi ipſi incumbit, filium legitimum non eſſe, & præterea alimenta ei dare tenetur vel extra ordinem tenetur. *d. l.* 1. §. 4. 12. 14. & 15. Non ergo partus hoc ipſo fit legitimus, ſed onus probandi ſaltem in maritum transfertur, *ex ſe natum non eſſe*, cum neceſſitate alendi, *d. l. 1. §. 12. & 15.* Apparet ergo anniculum in *d. l. 1. §. 14.* ſaltem agnoſci debere ad effectum alimentorum, & in pœnam, quod ſolennitates in tali caſu præſcriptas omiſerit; ſi vero contrarium poſtea probare velit, omnino admittendus eſt, atque hinc notanter JCtus in *d. l. 1. §. 14.* ait: *Si uxore denunciante ſe prægnantem, maritus non negaverit: non utique ſuum illi partum effici: cogendum tamen alere.* Et tunc addit: *Satis injurioſum eſſe, ſi quis longo tempore abfuerit, & reverſus uxorem prægnantem invenerit, & idcirco rejecerit, ſi quid ex his, quæ SCto continentur, omiſerit, ſuum hæredem ei naſci:* hæc ergo ratio eſt ejus, quod ante aſſeruit, *ſuum illi partum non effici:* Idque clare ita explicatur in *§. 15. Eod. nihil præjudicare filio, ſi filius eſt &c. ſive maritus neglexerit facere, quæ ex SCto debet: natum cogitur omnino alere, cæterum recuſare poterit filium.* Atque

que hæc Juliani ſententia ab Ulpiano quoque approbatur *L. 6. ff. de his, qui ſui vel alieni jur.*

Hinc jam porro ſequitur, quod, ſi conjuges concordent, nec de partu hoc quicquam moveant, judex ad conſequendam multam des frühen Beyſchlafs non debeat quæſtionem ſtatus partui ſeptimeſtri movere, idque in judiciis & conſiſtoriis receptum eſt, de quo *Mev. conſ. ult. & pen. Hahn. ad Weſ. h. t. n. 3. p. 102.* & *Carpz. p. 2. conſt. 27. def. 13.* videri poſſunt: Conf *pr. huj. quæſt. n. 4.* Multo minus collegia opificum, die Gilden, ſeptimeſtrem excludere poſſunt: de quo multa ſunt præjudicia apud *Hahn. d. l.* & *Mev. d. l.* Adeoque Doctores hi nobis in terminis non contrariantur.

Omnia, quæ de ſeptimeſtri diſſeruimus, ad *octimeſtrem* quoque pertinent partum: utpote de quo Dd etiam minus dubitant, quod eo magis ſuſpectus ſit, quo difficilius vivere poteſt. Vid. *Carpz. d. Conſt. 27. def. 14. Hahn. ad Weſ. d. l.*

Cæterum hæc de regula. Quod ſi tamen contingeret, partum perfectum ac legitimum ſexto aut quinto menſe edi, idque probari poſſit, ut ſi ſextus eſſet a priori partu menſis, aut alias, quod difficillimum eſt, ejus rei fides fieri poſſet, hæ definitiones non officient veritati, & hoc ſenſu non obſtant præjudicia apud *Carpz. p. 3. Conſt. 17. def. 18.* & *Dn. Stryk. U. M. h. §. 14.*

Qv. VI. *An X. XI. XII. XIII. & XIV. menſe poſt abſentiam vel mortem mariti natus, ſit legitimus?*

Ambigua ſemper diſceptatio fuit, ad quem usque terminum partus, poſt mortem vel abſentiam mariti natus, ab ipſo editus, ac legitimus intelligatur?

Ita enim DECIMO MENSE ex ſemine defuncti naſci aliquem poſſe, negat *Fab. C. L. 5. t. 7. def. 7. n. 7.* rejectus a *Zach. pag. 67. pr.*

UNDECIMO MENSE naſci non poſſe, omnes fere, ſolo Ariſtotele excepto, contendunt, *Zach. p. 71. n. 5.* indeque pro legitimo non habent Dd. apud *Zach. a. n. 5. Carpzov. p. 4. conſt. 27. def. 15. Rauchb. p. 2. qu. 24 Hahn. ad Weſ. h. t. n. 3.* Alii contrarium tenent apud *Zach. d. l. Petr. Aerod. Rer. jud. L. 2. t. 4. c. 3. & 4. Gudel. de J. Noviſſ. L. 1. c. 12.*

DUODECIMO MENSE naſci aliquem poſſe, aſſerunt late Dd apud *Zach. p. 68. in f.* Negant alii, *ibid. p. 96. pr.* talemque illegitimum pronunciat *Rauchb. d. l. Carpz. d. Conſt. 27. def. 15.*

DECIMO TERTIO quoque natos esse mense, testantur exempla apud *Plin. Nat. hist. L. 7. c. 5. Dd. apud Zach. pag. 40. n. 2. Gell. Noct. Att. L. 3. c. 16.* Alii negant apud *Zach. p. 69. &c.*

De *Ulterioribus* mensibus, quin integris annis, vid. *Zach. p. 69. & seq.* quæ vero pleraque fabulosa videntur.

Sed insuper habitis omnibus his disceptationibus, decisum est, post 10. menses mortis natum non esse legitimum, *L. 3. §. p. ff. de suis & legit.* Idque perpetua in jure norma adeo habetur, ut in id tempus formulæ sint & leges omnes conceptæ: Hinc enim hoc tempus 10 mensium olim præscriptum fœminis fuit, ut lugerent viros suos, quod eo usque non ultra, fœmina ex priore viro possit uterum ferre, *L. 11. ff. 1. ibid. propter turbationem sanguinis, ff. de his, qui not. L. 2. C. de secund. nupt.* ubi his 10. mensibus ad supplendum annum, honestatis tantum gratia, duo menses additi sunt. Hinc & formula Galli Aquilii ita perlata est *L. 29. pr. Lib. post. Si quis mihi nepos in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto.* Adeo certa hoc tempus mensura fuit legitimi partus. Idem in aliis articulis observari solet, de quibus vid. *Mynf. 6. obf. 40.* Quin & ipsæ sacræ literæ hunc terminum constituunt. *Sap. 7. v. 2.* Unde de jure certissimum omnino est, initio undecimi mensis natum non videri legitimum, quæ enim evidentior conclusio, quam hæc: post 10 menses mortis natus non est legitimus. *d l. 3. ff. p.* Initio mensis undecimi natus, post 10 menses natus est, non est ergo legitimus. Hinc Agidis filius ideo regno exclusus fuit. Vid. *Xenoph. L. 3. Hellen. & Plut. in Agesil. c. 3. & 4.*

Mirum autem est allegari in contrarium *Nov. 39. c. 2.* quæ & aliam longe speciem exhibet; nec quicquam adversatur huic sententiæ. Proponitur ibi (1) casus mulieris, non quæ intra annum luctus nupserat, sed scortata fuerat, eoque impudentiæ prolapsa erat, ut ideo contenderet, se non incidisse in pœnas mature nubentium, quod non ex nuptiis, sed illegitimo coitu peperisset: adeoque fatebatur spurium esse. Hoc solum decidit Imperator *d. c. 2.* pœnas ad hunc actum non minus, sed magis quoque extendendas esse. (2) In illa specie mulier non sub finem mensis XImi (unde a contrario inferunt, secus esse, si initio ejusdem mensis partus editus sit) sed mense XImo *jam perfecto*, adeoque initio XIImi peperit. Unde a contrario non magis ad initium, quam ad medium aut finem ejus mensis XImi inferri potest. Et quæ est illa illatio a contrario, si certum tempus proponitur, & ad illud tantum respondetur, de omni alio tempore contrarium statuere: Et quis, si de duodecimo mense quæstio proposita & decisa fuisset, inde undecimo mense natos legitimos esse conclude-

cluderet? Sed & absurdum id inde oritur, quod ita hoc casu desinat legitimi partus terminus jure constitutus esse. Initium enim mensis varie sumitur, varieque computatur pro varia relatione: nec ullibi definitum est, quin & fini opponitur, ut adeo pluribus casibus non posset jure decidi, an partus esset legitimus; quod maximum est juris vitium: Et hinc tanto studio id actum fuit, ut certi statuerentur termini.

Etsi igitur *Carpz. p. 4. const. 27. def. 15. Rauchb. p. 2. qu. 24. in f.* & *Beust. de Matrim. c. 36. p. 1.* præjudicia afferant, quibus pro eo, qui initio mensis undecimi natus est, responsum fuit, ea tamen sententia nec jure, nec ratione nititur, & eo, quod jam diximus, absurdo laborat. Nec veteres ICti illam indistincte admiserunt, sed saltem ad duos dies priores undecimi mensis restrinxerunt, quod tolerari potest, quia certus tamen terminus ita definitus est; Atque ita ad duos dies id restringit *Bartolus in L. Gallus. 29. n 12. ff. de lib. & posth.* ubi Glossam & alios allegat. Eamque crebriorem esse sententiam fatetur *Rauchb. d. l. n. 53.* Idque sequitur *Gloss. Jur. Saxon. ad L. 1. art. 39. vers.* Es mag aber rc. *ibi:* zum längsten 10 Monat und 2 Tage, & Dd. apud *Zach. p. 71. n. 5. in f. Dyn. singul. 215.*

Cæterum videntur ideo maxime Dd. a certo jure communi recessisse, quod putaverint, terminos hos quasi fatales esse, quos natura nunquam pateretur egredi: At verum, hanc non fuisse mentem JCtorum, sed statuere voluerunt terminum legalem, intra quem qui editur partus, præsumtione juris tutus esset, donec contrarium probaretur.

Terminus autem legalis statuitur ex eo, quod regulariter & plerumque fit, etsi & aliter fieri possit: Nam Hippocrates *alium* statuit terminum, quo partus nasci posse incipit, scil. septimo mense, *alium*, quo communissime solet nasci, scil. septima quadragenaria, i. e. decimo die decimi mensis; non quod absque latitudine sit ille terminus, sed ut appareret, si nimium ab eo remotus esset partus, eoque tempore editus, quo rarissime solet, suspectum saltem esse ac dubium; quo proinde casu causa cognoscenda, non vero partus pro legitimo obtrudendus est.

Hinc facile conciliantur variæ sententiæ, & Imperatorum decreta apud *Gell. N. A. L. 3. c. 10. & 16.* & *Mynf. d. Obs. 40. n. 3. & sq.* Scil. *Intra* terminos hos partu edito, non opus est causæ cognitione, sed habetur pro legitimo; *Extra* eos vero dubius erit partus suspectusque, & adeo causa cognoscenda: Sic fœminam Romæ XI. mense peperisse refert *Gell. d. c. 16.* quem D. Hadrianus legitimum pronunciavit, sed *causa cognita*, quod fœmina fuerit *Bonis atque honestis moribus*, & NB. *non ambigua pudicitia*, *Gell. d. c. 16.* & sic in aliis. Vid. *Goth. ad Nov. 39. c. 2. Drod. d. tit. 4. c. 4. & 5.*

QV. V. *An si mulier, defuncto marito, statim alii nubat & pariat nono vel decimo mense, cujus sit partus?*

Alii ei marito partum adjudicant, cui similior est: *Alii* priori, quia prior est tempore: *Alii* posteriori, quia & diutius cohabitavit, & stante ejus matrimonio natus est. *Alii* ad utrumque pertinere ajunt, *arg. l. 8. de hær. Inst.* *Alii* neutrius esse, *arg. l. 12. §. 1. de his, qui not. inf.* Vid. late *Spekhan. Quæst. jur. 79. Gent. 1. Hœn. Disp. ad Inst. 2. th. 5. Coras. L. 2. Misc. c. 22. Bartol. ad L. Gallus. 29. n. 13. ff. de lib. & posth.* Nos eum in dubio posterioris mariti videri, asserimus; quia facilius præsumitur ex hoc, quam ex priori marito natus: Cum hoc enim marito recenti eam interea consuevisse vix dubitatur, de priori quod brevi adeo ante mortem cohabitaverit, minus constat, inprimis morbi aliisque impedimentis accedentibus. Sed & posterior maritus sibi imputare debet, quod non exspectaverit legitimum tempus, adeoque onus alendi partum ipsi incumbit.

At contrario, septimo vel octavo mense natus ex priori magis conceptus videbitur; cum his mensibus regulariter nasci partus non soleat, sed rarissime: *Vid. quæst. præced.* Hinc cum Demarati Regis Spartani mater, priori marito ab Aristone abducta, septimo inde mense pareret, hujus filius non est habitus, sed ipsius oraculi effato rejectus, atque ideo regno quoque pulsus fuit, etsi mater, obtestante ipso eam per omnia sacra, ut verum suum patrem profiteretur, eum ex posteriore susceptum multis affereret; de quo *Herodot. L. 6. n. 156.*

Utroque casu secus est, si contrarium justis argumentis ostendi possit, ut si septimo mense natus fuerit mollis, imbecillis &c. Vel posterior maritus sit impotens, Spado &c.

Casus hic frequentius contingere potest in illis locis, ubi statim post mortem mariti uxori ad secunda vota transire licet; Quod fit in Austria, *Hœn. d. th. 5.* & in omnibus fere locis juris Pontificii. *Vid. Quæst. ad tit. de his, qui not. inf.* Quanquam jure communi hujusmodi nuptiis pœna infamiæ dictata sit, quæ pœna in praxi generaliter mutata non apparet. *Vid. ad dict. tit.*

QV. VI. *An justo tempore in matrimonio natus habeatur pro legitimo, si mater contrarium afferat?*

Affirmatur. Quia turpitudinem suam & odium partus profitetur, cui perpetuam adulterinorum natalium maculam, cum summo ipsius & descendentium ejus præjudicio, inurere haud veretur; qua in re matri non creditur. *L. 29. §. 1. de Probat.*

OBST.

OBST. *L. 16. de probat.* ibi: *etiam matris professio filiorum recipitur.* Add. *L. 2. §. 1. Exc. tut.*

RESP. Agitur ibi de ætate probanda, quo casu cessant illæ rationes, nec aliunde illa potius, quam a parentibus & cognatis, peti potest.

Qv. VII. *Quid ergo, si constet, matrem rem cum adultero habuisse?*

RESP. Tum e contrario videtur adulterinus, etsi mater id professa non fuerit. (1) *arg. L. 1. §. 12. & §. 16. Lib. Agnosc. & d. L. 29. ibi veritati locum superfore.* (2) Quia cessat legalis illa præsumtio honestæ cohabitationis, quæ sola partus certitudinem inducit, hæc igitur cum adeo cesset, ut mulier semel mala jam præsumatur potius semper mala, nihil superest unde ostendi legitimum jus partus possit. Accedit (3) quod proclivior in adulterum libido, (quæ tanta est, ut nec supplicia nec pudorem curet), faciliorem naturaliter partum reddere videtur.

DISSENTIT *Menoch. L. 6. præsumt. 3.* Qui natum ex uxore adultera, ex matrimonio natum præsumit.

Qv. VIII. *An I. II. mense post nuptias natus sit legitimus?*

Generaliter quidem hoc AFFIRMAT *Laut. h. & pag. 543.* Ast non hæc Viri doctissimi sententia fuisse videtur, quod in casu, quo maritus negat filium, primo vel secundo mense nuptiarum progenitum, ex se natum esse, ei obtrudi & pro legitimo haberi debeat; Nec enim hominum, uti columbarum menstrui partus fiunt; Neque hoc in *d. l. 11.* dicitur; Sed alia species ibi expresse proponitur; Scil. cum quis suam concubinam deinde uxorem ducit: Quo casu certum est, liberos ex ea natos non legitimos nasci, sed legitimari: Justinianus vero voluit, ut, si prægnans concubina ducta, & statim post nuptias partus editus fuerit, non tantum legitimatus, sed legitimus videri, & hoc casu non tempus conceptionis, sed partus inspici debeat.

Laut. p. 15. verb. Novo jure legit.

Qv. IX. *An liberi legitimandi consentire debeant?*

AFF. (1) quia beneficia non dantur invitis, sed consentientibus, (2) per *text. expres. in Nov. 89. c. 11. pr. L. ult. ff. h. t. verb. inviti non rediguntur.*

Laut. p. 15. verb. quo liberi consent.

OBST. (1) quod videatur esse beneficium patris, ut scil. legitimos liberos in potestate habeat, quod non videtur ipsi eripi a liberis posse.

RESP. Sed & beneficium filiorum est, quod proinde iis invitis obtrudi

di non poteſt, ſed utriusque demum conſenſu acquiritur; Accedit, quod & præjudicio ipſis eſſe poſſit.

Obst. (2) quod liberi per nuptias ipſo jure, adeoque citra conſenſum, legitimari videantur, cum enim nuptiæ fictione juris retrotrahantur ad momentum conceptionis, ita ut retro ſemper juſtæ nuptiæ fuiſſe fingantur, *Vid. quæſt. ſeq.* neceſſario quoque liberi retro ſemper ex juſtis nuptiis nati cenſeri debent?

Resp. Fictiones juris nunquam procedunt ultra intentionem legis (quæ hic ſola eſt ut matrimonium retro valeat): Neque in præjudicium tertii, ſive filii.

Obst. (3) *Nov. 74. in f. pr.* ubi filii naturales occultant matrem, eoque auferre volunt patri occaſionem eos legitimandi, unde videtur ſequi, quod ducta matre filii neceſſario legitimi fiant.

Resp. Pater ibi volebat legitimare liberos, ut hoc ipſo conſequeretur jura dotis: Filii ergo non metuebant legitimationem, hæc enim ipſis invitis non procedebat, ſed nuptias, & ne uſus fructus bonorum maternorum mortua matre ad patrem perveniat, atque ideo occultant matrem.

Atque ita ſentiunt *Jacb. L. 3. Contr. c. 54. & Hæn. D. 2. th. 19.* Dissent. *Angel. Conſil. 17. Col. 2. & alii apud Hæn. d. l.*

Qv. X. *An legitimatio per ſubſequens matrimonium retrotrahatur ad tempus conceptionis?*

Aff. (1) ex ipſa *L. 10. C. de Natur. lib.* ubi ab initio jam maritalem affectum adfuiſſe præſumitur; *Neque enim veriſimile eſt, eum qui poſtea vel donationem vel dotem conſcripſerit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuiſſe, quæ eam dignam eſſe uxoris nomine faciebat*: Hocque (2) probant omnes illi effectus inſignes, qui ex ficta illa retrotractione oriuntur. Non enim valet legitimatio, ſi concubina initio conceptionis duci vetita ſit, *L. 5. C. Nat. lib. Nov. 89. c. 8. Dn. Stryk. U. M. h. §. 11.* Indeque nec valet legitimatio partus adulterini. Vid. *q. 15.* Porro, legitimati manent primogeniti. Vid. *quæſt. 14.* Succedunt in feudis, quia nunquam illegitimi fuiſſe finguntur. Vid. *quæſt. 17.* Legitimatio procedit etſi mortui ſint filii. *L. 11. C. Nat. lib. &c.* Vid. *q. 13.*

Hodie illam fictam retrotractionem obſoleviſſe ſunt qui dicunt. Vid. *Dn. Hopp. ad §. 13. Inſt. de Nupt.* Sed (1) mutatio illa probanda eſt, nullibi enim apparet. (2) Ita corruerent omnes illi effectus qui ſola retrotractionis fictione nituntur, quod tamen ipſa refellit experientia, uti in ſequentibus demonſtrabitur. Sed & (3) contrarium aſſerunt *Gail. Mynſ. & Hahn.* apud *Phil. U. P. Inſt.*

Inst. L. 1. Ecl. 72. n. 2. Setf. Inst. Disp. 5. Assert. 3. Carpz. Jurispr. Consist. L. 2. t. 14. def. 236. n. 10. & 13.

Qv. XI. *An legitimatio per subsequens matrimonium procedat etiam in articulo mortis?*

AFF. Scil. quatenus ille articulus sumitur cum aliqua latitudine, ut consentire adhuc possit, tunc enim matrimonium valet, *arg. l. 30. R. J.* adeoque & legitimatio. Vid. *Dn. Par. Disp. de Matrim. Mom. Sect. 1. §. 5. Sect. 4. §. 3.* (2) *Arg L. 106. de Cond. & dem.* ubi matrimonium ad extremum vitæ halitum recte contrahitur. (3) Neque revera tam contrahit moriens, quam declarat se ab initio maritalem affectum erga concubinam habuisse. *L. 10. vers. Neque enim verisimile est &c. C. de Nat. lib. Nov. 117. c. 2.*

Laut. p. 15. verb. etiam in articulo.

OBST. (1) *L. 20. J. dot.* ubi cessat matrimonium in articulo mortis, adeoque & legitimatio.

RESP. Articulus mortis ibi sumitur non cum aliqua latitudine, sed pro ipso momento quo moritur, adeoque ubi nec consensus amplius adest: Ibi enim verum est cessare matrimonium, *d. l. 20.* adeoque & legitimationem.

OBST. (2) Quod cesset potentia generandi, adeoque nuptiæ nullæ sunt, per *L. 11. C. Natur. lib.*

RESP. (1) falsum est quod cesset potentia generandi, quia in illo articulo mortis, cum aliqua latitudine sumto, convalescere potest, adeoque spes liberorum manet, *d. disp. Sect. 4. §. 4.* Sed & (2) licet nulla spes convalescendi sit, tamen valent nuptiæ etiam sine spe prolis, per ea quæ traduntur *d. disp. Sect. 4. §. 4.* (3) Nuptiæ non contrahuntur, sed retrocontractæ saltem ratihabentur.

Atque hæc est communis Dd. sententia. Vid. *Hæn. Disp. ad Inst. 2. th. 17. Wesenb. Cons. 44. n. 44. Gail. L. 2. O. 141. n. 7. Pingizer decis. Jen. 1.*

Qv. XII. *An legitimatio illa procedat, etsi medio tempore alia uxor ducta sit, & exinde filii existant?*

AFF. Quia momentum nuptiarum retrotrahitur ad momentum primi concubitus, *d. l. 10. Dn. Par. in Disp. de success. nep. S. 6. §. 4.*

OBST. (1) Quod videatur deficere conditio, *secutis nuptiis*, quæ inest primæ conjunctioni.

RESP. Nondum deficit conditio, quamdiu adhuc sequi nuptiæ possunt.

OBJ. (2) quod illa retrotractio fingeret maritum bigamum?

RESP.

RESP. fictiones non procedunt ultra intentionem legis, (Vid. *Struv. Ex. 28. §. 20.*) quæ est ut filius retro legitimus censeatur, non ut binæ simul nuptiæ fuisse intelligantur.

OBJ. (3) quod beneficium legitimationis non detur parentibus aspernantibus, neque contumacibus aut luxuriantibus. *arg. l. 10. C. nat. lib. & Nov. 89. c. 8.*

RESP. Non aspernantur dum postea ducunt, nec luxuriantur, dum jure suo utuntur.

Atque ita quoque sentiunt Dd. apud *Hæn. Disp. ad Inst. 2. th. 16.* Vid. *Disp. Dn. Par. de success. Nep. Sect. 6. §. 4. Tiraquell. de Primog. quæst. 34. num. 3. Gail. L. 2. Obs. 141. num. 4. Setf. Disp. ad Inst. 5. Assert. 2.*

DISSENT. *Hæn. d. l.*

QV. XIII. *An per subsequens matrimonium non tantum legitimetur filius naturalis, sed & eo mortuo ejus nepos?*

AFF. (1) ex eadem ficta retrotractione: Nuptiæ enim quandocunque sequuntur, retro semper a conceptione initæ censentur, indeque ipse filius præmortuus retro semper legitimus fuisse censetur, & consequenter ex eo nepos. *sup. quæst. 10.*

OBST. (1) quod legitimari demum possit consentiens, *Vid. q. 9.* filius autem præmortuus non potest consentire.

RESP. Consentire videtur, dum non potest dissentire.

OBST. (2) Quod vitium personæ, adeoque & filii præmortui, non possit purgari, si persona amplius non est.

RESP. Vi retrotractionis persona non censetur fuisse illegitima, sed potius etiam vivus semper filius legitimus fuisse.

OBST. (3) Quod jus avi non possit descendere in nepotes per filios incapaces.

RESP. Filii vi retrotractionis semper capaces fuisse censentur.

OBST. (4) Quod qui jam legitimus est, amplius legitimari nequeat, nec vitium purgari possit, nisi in eo in quo est.

RESP. Etsi sit legitimus filius patris, non tamen est legitimus nepos avi, & ut ratione avi in eo quoque vitium cessaret, ita hactenus saltem legitimatur & vitium purgatur. Quin cum filius defunctus jam retro per has nuptias legitimatus, & in eo vitium censeatur hujus legitimationis, in persona filii

filii defuncti jam factæ, consequens est jus legitimum nepotis, *dict. Disp. de Success. Nep. Sect. 6. §. 3.* Conf. *Obj. 2.*

Atque hæc quoque communis est Dd. sententia. *Dict. disp. S. 6. §. 3.* ibique *Covarruv. ad L. 4. Decret. part. 2. c. 6. 8. ∫. 2. num. 19. Fach. L. 3. c. 56. Hœn. D. ad Inst. 2. th. 18. Struv. Ex. 3. th. 50. ibique evol. Sest. Disp. ad Inst. 5. Assert. 3. Dd. apud Vinn. ad §. 13. Nupt. n. 3.*

DISSENT. *Strauch. Diss. Just. 4. §. 9. Bach. ad Tr. D. 1. th. 7. pag. 67. Vinn. d. loc. Gail. L. 2. O. 141. Tiraq. & Alciat. apud Hœn. d. l.*

QV. XIV. *An legitimatus habeatur pro primogenito?*

AFF. etsi pater ante legitimationem filios ex intermedia justa conjuge susceperit; quia retro semper legitimi fuisse censentur a tempore conceptionis. *l. 10. C. de Nat. lib. Disp. Dn. Par. de succ. nep. S. 6. §. 3.*

OBJ. Quod jus primogenituræ liberis ex legitima conjuge natis plene quæsitum sit, quod ipsis auferri nequit.

RESP. Imo id in suspenso adhuc est, quoad certum esse incipit, matrem naturalium duci amplius non posse. *dict. disp. S. 6. ∫. 4. ibique Dd.*

Hanc sententiam probant *Struv. Ex. 3. th. 50. inf. Gudel. d. Jur. Nov. L. 1. c. 15.*

DISSENT. *Treutl. D. 1. th. 7. lit. 6. ibique Bachov. p. 68.*

QV. XV. *An hodie omnes illegitimi legitimari possint?*

Laut. p. 15. verb. Hodie legitimantur.

Equidem de SPURIIS id indubium, cum hodie omnes concubinæ meretricum loco habeantur, adeoque quicquid juris in naturalibus olim fuit, id hodie valebit in spuriis, & in hoc omnes conveniunt: *D. Stryk. U. M. h. ∫. 10. Hopp. ad ∫. 13. de Nupt. Struv. Ex. 3. th. 52. & 53. Laut. p. 16. Phil. L. 1. Ecl. 72. n. 4.* ubi præjudicia exstant. Quod tamen secus est, si talis sit meretrix, quæ publice corpore suo quæstum facit: Nam cum ibi nulla sit certitudo patris, etiam cessat legitimatio. *Phil. l. 3. Ecl. 24. n. 6.*

OBJ. Cum spurii legitimari jure non possint, naturales vero spuriis hodie comparentur, potius sequi, nec naturales hodie legitimari.

RESP. Hac ratione totum hujus legitimationis beneficium cessaret, id vero non agitur hac praxi contraria, ut beneficium hoc auferatur liberis, sed ne concubinatus magis quam fornicatio probetur, ac pro licito habeatur. Hinc quoad prohibitionem juris hodie naturales æquiparantur spuriis, quoad beneficium legitimationis vero spurii antiquis naturalibus.

FILII INCESTUOSI nec hodie possunt legitimari, quia nuptiæ saltem Conceptionis tempore jure non fiunt, adeoque nec valebit legitimatio per subsequens matrimonium. Vidi *Struv. Ex. 3. §. 53.*

FILII ADULTERINI pariter nec hodie legitimantur, quia legitimatio tum demum procedit, si concubina duci non est vetita tempore conceptionis; *l. 5. C. de Natur. lib.* adultera autem duci legibus prohibetur.

Solet tamen aliquando per rescriptum legitimatio fieri, nam in Principis potestate est jura civilia tribuere, & pro lubitu mutare. Ita in Comitiva Ill. Dn. Strykii in specie hæc facultas legitimandi adulterinos & incestuosos conceditur; Ast in genere illam juris dispositionem in praxi sublatam esse non apparet: Et hoc quoque ita tradit *Struv. Ex. 3. th. 53. ibique Decius Conf. 264. n. 3.* Add. *Besold. cons. 199.* & Dd. apud *Laut. p. 16.*

Qv. XVI. *An ad hanc legitimationem requirantur dotalia instrumenta?*

Laut. p. 16. verb. *Nuptialibus Instrum.*

NEGATUR: Sed sufficiunt nuptialia, etsi dissentiat *Hœn. D. 2. th. 20.* Nam cum concubina mutationem affectus in maritalem probare debeat, vix aliter illa dignoscitur ac probatur nisi scripto declarata fuerit: Testes enim non sufficiunt ad perpetuam rei memoriam, neque etiam admittuntur a Justiniano, ne commiseratione naturalium falso testentur. *Nov. 74. c. 4. pr. & §. 2. Disp. Dn. Par. de Matrim. Mom. Sect. 4. §. 7.*

OBST. *L. 10. l. 11. C. de Nat. lib. §. f. Inst. de Nupt.* ubi per modum dispositionis dotalia instrumenta requiruntur.

RESP. Per Instrumenta dotalia intelliguntur nuptialia, tum quia promiscue ita vocantur *dd. ll.* Tum quia dos, quæ non est sine nuptiis, pro certo indicio contractarum nuptiarum habetur: *Dict. disp. S. 4. §. 7.*

Hodie regulariter nec nuptialia nec dotalia instrumenta requiruntur, quia nuptias trina denunciatio publica præcedere solet, *Stryk. U. M. h. §. 10. Mev. part. 2. dec. 81. Dn. Par. Hyp. de Nupt. §. f. Strauch. Diss. Just. 4. §. 7. Hopp. ad §. 13. de Nupt. Laut. pag. 16. lit. 1.* Sed etsi trina illa denunciatio vel non præcesserit, vel non potuerit præcedere, tamen nuptialia Instrumenta non requiruntur necessario. *Treutl. Disp. 2. th. 6. l. f. Setser. Disp. ad Inst. 5. assert. 2. Gail. L. 2. Obs. 141. n. 3.* Sed sufficit de consensu quomodocunque constare; Inprimis cum Jus Canonicum *in Cap. Tanta. X. Qui filii sint leg.* præter consensum nihil requirat. Vid. *Hœn. d. l. Sets. d. l. Thesaur. dec. 83.*

Qv. XVII. *An legitimati per subsequens Matrimonium succedant in feudis?*

Autor noster id AFFIRMAT de consuetudine, nos de jure quoque (1) quia jus feudale interpretationem extensivam ex jure communi admittit: *Dn. Par. Hyp. Jur. feud. tit. 1. §. 13.* adeoque illa retrotractio juris communis (de qua *quæst. 4.*) etiam ad feuda pertinere debet. (2) Per text. in *2. F. 26. §. Naturales* ubi *postea legitimati* non succedunt, ast legitimati per subsequens matrimonium non sunt *postea legitimati*, sed retro & a tempore conceptionis semper legitimi fuisse censentur.

Laut. p. 16. verb. de Consuetudine etiam &c.

Hinc non OBST. (1) generalitas textus in *d. 2. F. 26.* Ubi in genere legitimati a Feudis excluduntur; nam jam demonstratum est, loqui illum de *postea legitimatis*, adeoque de illis qui ex rescripto Principis legitimantur: Conf. *disp. Dn. Par. de success. Nep. Sect. 6. §. 6.*

OBST. (2) Quod feuda tantum acquirantur denen Ehlichen Leibes-Lehns-Erben.

RESP. Liberi illi retro quoque semper legitimi fuisse censentur.

Hæcque est Communis Dd. sententia, *Dn. Par. in Hyp. Jur. Feud. t. 10. §. 6. Hæn. Disp. ad ff. 9. th. 5.* (Etsi Dissent. *Vultej. de Feud. L. 1. c. 9. n. 94. Liebenth. Colleg. Pol. pag. 107. Carol. 1. Berens. Disp. 1. th. 5. quæst. 4. Bach. ad Tr. h. pag. 62. Olem. de Jur. feud. c. 12. §. 15.*) proxime quoque recepta, uti id ex Cameræ præjudicijs probant *Myns. 2. cent. 5. Clar. in §. Feudum quæst. 82. n. 4. Rosenth. in Synops. 1. F. c. 7. concl. 34. sub lit. f. Gail. L. 2. Obs. 141. H. Pist. 3. quæst. 41. Dd. apud Laut. p. 16. Struv. Ex. 3. §. 51. Phil. Us. Pr. Inst. L. 3. Ecl. 3. n. 3. sq.* In Marchia tamen non succedunt: Ibi enim olim dubia fuit praxis: Vid. *Dn. Stryk. de success. ab intest.* Sed postea res plene decisa est per *Rec. prov. de an. 1688. Hyp. Jur. feud. d. §. 6.*

NOT. (1) Non succedunt in feudis legitimati per rescriptum Principis, etsi expresse id velit Princeps: Nam jus succedendi ex pacto & providentia primorum acquirentium semel legitimis agnatis est quæsitum, quod Princeps suo facto auferre nequit. *Vid. ad tit. 4. quæst. 11. Treutl. D. 2. th. 7. l. d. Vinn. ad §. 2. hær. quæ ab int. n. 1.*

DISSENT. *Gail. d. l. O. 142. n. 12. & sq.*

NOT. (2) Legitimati per subsequens Matrimonium in regnis non succedunt, *Disp. Dn. Par. de Success. Nep. Sect. 6. §. 5.* quia ibi non secundum fictiones juris civilis, sed veritatem successiones fiunt: Nec in feudis ac bonis extra territorium legitimantis sitis succedunt, cujus rei rationem *supr. in tit. 4.*

quæst. 5. explicavimus. Et ita Dd. communiter statuunt, apud *Hæn. d. disp. th. 5.* Etsi dissent. *Dec. cons. 55. n. 7.* per *L. 2. de Offic. procons. & L. 2. C. de Emanc. lib.* Conf. *Bach. ad Tr. Disp. 2. th. 6. l. G. in fin.*

Qv. XVIII. *An patri competat jus distrahendi filium?*

Laut. p. 16. verb. postea prohibeatur.

NEG. *L. 5. C. de Patr. pot. ibique Gothofr. lit. l.* etsi jus vitæ & necis ipsi competat. *d. l. 5. & L. 11. ff. Lib. & post.* Ratio autem cur parentes quidem jus vitæ & necis, non vero facultatem vendendi, habuerint, hæc est, quod servitutem, perpetuamque amissionem libertatis duriorem crediderint JCti, quam vitæ ademtionem. *d. l. 5.*

EXC. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus, liberos sanguinolentos i. e. recenter natos, vendiderit, *L. 2. C. de patrib. qui fil.* Conf. *Dn. Berg. h. t. quæst. 10.* nam tunc non vi patriæ Potestatis, sed quia aliter partus educari non poterat, id permittitur. *Grot. L. 2. c. 5. §. 5.* Confer egregium libellum *de venditione liberorum*; quem nuper edidit *Joh. Phil. Datt. Consil. Wirtemb.*

Hodie certum est nec exceptionem hanc obtinere, sublata quippe omni servitute, sed magistratum succurrere debere tradit *Brun. ad Wes. parat. h. t. q. 9. Struv. Ex. 23. th. 27. ibique Muller. l. β. Grœnw. de Leg. abrog. in C. d. tit.* Cessante autem magistratus auxilio (quod vix contingit) pater & mater filium, quem aliter alere non possunt, addicere alicujus servitiis, accepto certo pretio, possunt. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6. ibique Christin. Vol. 3. dec. 65. n. 3.*

Qv. XIX. *An pater & filius habeantur pro una persona?*

Laut. p. 16. verb. pater & filius &c.

AFFIRM. *per §. 4. Inut. stip.* ibi: *Vox tua tamquam filii est sicuti & filii vox, tanquam tua intelligitur. L. fin. C. de Impub. Substit.* ibi: *cum & natura pater & filius eadem esse persona pene intelligitur:* Hinc filius negligens agrum censiticum, eum non perdit, si pater ejus interim curam habeat: *L. 22. §. 1. de Agric. & cens.* Legatum filio relictum, cedit patri. *L. 42. ff. Cond. & dem.* Si pater filio stipulatur, sibi ipsi stipulari censetur. *d. §. 4.* & *L. 39. V. O.* Donare filio nequit, *L. 1. §. 1. pro don.* Add. *Struv. Exerc. 3. th. 40.*

Regula autem hæc tantum vera est (1) In liberis in potestate positis, quia est effectus patriæ potestatis; non ergo in emancipatis, *tt. C. ne filius pro patr. d. §. 4* & quidem (2) tantum in *acquirendo*, nam quicquid filius acquirit, ad patrem pertinet. *d. §. 4.* ibi: *in iis rebus quæ tibi acquiri possunt.* Non vero in *obligando*; ne id, quod in favorem patris introductum est, in ejus odium vertatur,

tatur, quod fieret, si pater ex filii debitis teneretur: Hinc filius fidejubet pro patre, *l. 10. §. p. fidejuss. &c.* pater non tenetur pro filio nisi peculiotenus &c. *L. 1. C. Ne fil. pro patr. &c.* (3) In rebus *quæ acquiri possunt patri, d. §. 4.* adeoque in illis quæ juris, non vero *quæ facti sunt*, nam si pater stipuletur, ut filio ire vel agere liceat, cessat illa regula, & stipulatio est inutilis: Non enim valet in *filio*, quia alii stipulari nemo potest, nec in *patre*, quia factum a persona filii separari, adeoque patri acquiri, nequit. *L. 130. V. O.* Idem dicendum, non vero patri. Vid. *tit. de pecul.* (4) In *causis privatis*, nam eatenus pro accessione patris, ejusque instrumento habetur. Non vero in *causis publicis, per text. expr. in L. 9. de his qui sui:* Hinc filius quod ex militia acquirit, sibi retinet, *§. f. Inst. Milit. test. L. 2. Sc. Mac.* potest esse judex patris, *L. 77. L. 78. de Jud. &c.*

Qv. XX. *An Jus patriæ potestatis hodie adhuc obtineat?*

AFF. nam cum id a natura sit, tolli moribus non potest: *Phil. Us. Pr. Inst. L. 1. Ecl. 44. pr.* Ast effectus ejus non tanti sunt hodie, ut olim fuere, sunt tamen adhuc plurimi: Quin, in genere juri communi tamdiu insistendum est, donec mutatio probetur, *arg. L. 27. C. de testam.* idque non tantum de foro Saxonico, (ubi expressa constitutione Elector effectus patriæ potestatis civiles confirmavit), sed etiam de usu Germaniæ asserit *Phil. Us. Pr. Inst. L. 1. tit. 9. Ecl. 44. & Dn. Stryk. U. M. h. §. 3. & 4.* Vid. *Muller ad Struv. Ex. 3. th. 39.*

Laut. p. 17. verb. Hodie quibusdam.

DISSENT. Giphan. *ad tit. Inst. de Patr. pot. n. 3.* & alii Dd. apud *Dn. Stryk. d. l.* De Belgio etiam id negat *Vinn. ad §. 2. patr. pot. in f.* & *Grœnw.* apud *Laut.* allegatus, sed contrarium docet *Grot. L. 1. introd. c. 6.* & de Frisia *Sand. L. 2. t. 7. def. 1.* quin ipse *Grœnw.* aliquem usum admittit.

Hinc hodieque pater filium in levioribus castigare, in gravioribus vero judici puniendum tradere, *Phil. Us. Pr. d. L. 1. Ecl. 55. & L. 4. Ecl. 7.* privato eum carceri includere, *Mev. J. Lub. L. 1. t. 3. n. 11.* privata denique autoritate detrudere in domum disciplinariam, Zucht-Haus, potest. *Besoid. thes. voce* Zucht-Haus rc. *Phil. d. Ecl. 55. n. 10.* interdum ad triremes dare. *d. Ecl. 55. n. 11.* Ita hodieque ex certis causis pater filium exhæredare potest. *Phil. d. E. 55. n. 10.* Pater hodieque testamento tutorem dat, Pupillariter substituit &c. *Vid. dd. Aut.*

Qv. XXI. *An avi potestas hodie cesset?*

RESP. Ita quidem putant plerique Dd. *Vinn. ad §. fin. Quib. mod. patr. pot. solv. & Hopp. §. f. de Patr. pot.* quia liberi per matrimonium exeunt e pa-

tria potestate, adeoque quicquid ex iis nascitur, sub eorum, non sub avi, potestate nasci videtur. Sed hoc ita simpliciter admittendum non est: Si enim filius post nuptias manet in convictu patris, sane etiam sub ejus manet potestate, vid. *tit. seq. quaest. fin.* & sic nepos quoque sub ejusdem avi potestate manebit: Hinc hodieque acquirere ei possunt, ad excusationem a tutela prosunt &c. Quin, cum nuptiæ, & institutio separatæ familiæ, saltem solvant patriam potestatem ad instar, dignitatis, ita scil. ut tantum quoad onera liberentur liberi a patria potestate, non vero quoad commoda; porro sequitur etiam avum exercere posse illam partem patriæ potestatis, quæ ad commoda nepotis spectat. Hinc hodieque mortuo filio avus pupillariter nepoti substituere poterit; hodieque ei tutorem dare testamento &c. *Hyp. de tutel.* §. *2.* Hæc enim pertinent ad commoda filii.

LIB. I. TIT. VII.

DE ADOPT. ET EMANC.

Qv. I. *An Spadones adoptare possint?*

Laut. p. 17 verb. Spadones.

Quinam sint Spadones & quomodo differant a castratis, aliisque, mirum est quantum disceptetur. *Vid. Zach. Quaest. M. L. L. 2. t. 3 q. 7. p. m. 241. & p. 284. sq.*

SPADO *generaliter* definitur omnis ille qui generare non potest. *L. 2.* §. *1. de Adopt.* & vox illa generalis esse dicitur in *L. 128. V. S.* indeque etiam continet castratos, *L.* 39. *Jur. dot.* (ubi Spado dividitur in eum qui castratus est vel non, *Add. L. 6.* §. *2. de Jur. Patron.*) Item thlibias i. e. contritos, & thlasias i. e. exsectos. *d. l.* 128. *Specialiter* SPADO est qui natura generare non potest, *d. l.* 128. *tam hi qui natura Spadones sunt. L. 40.* §. *f. Adopt.* Sive id fiat propter frigiditatem aliudque vitium naturæ, *L. 6.* §. *2. Ædil. ed.* Sive quod deficiat pars membri genitalis, ut in *L. 7. Eod.* Et hoc sensu opponitur CASTRATIS, qui facto hominum tales facti sunt, & Ennuchi quoque vocantur. *Nov. Leon. 26.* nam ipsa vox, *castrare*, factum hominis designat: opponuntur autem Spadonibus in *L.* 14. *§. 1. Manum. Vind.* §. *9. de Adopt.* maxime in *L.* 39. *Jur. dot.* ibi: *an castratus sit, an non.*

His ita præmissis, dicimus, spadonem regulariter posse adoptare, omnesque quorum perpetuum est generandi impedimentum: Idque ita traditur in *L. 2. §. 1. de Adopt. §. 9. Inst. eod. L. 40. §. 2. eod. L. 14. in f. Man. Vind.*

Vind. L. 39. *Jur. dot.* Adoptio enim beneficium juris eſt, reguláriter in eorum favorem conceſſum, qui natura generare nequeunt; non eorum qui poſſunt, *Nov. Leon.* 26. Hi enim ut liberis operam dent, reipublicæ intereſt, nec ſpem legitimorum liberorum, quam obſequio ſibi parare ſtudent, facile adoptione imminuere debent. *L.* 17. §. 3. *de Adopt.* Unde quamdiu vel ſpes eſt procreandæ prolis, non debet admitti adoptio per *L.* 15. §. 2. *ff. Eod.* Qua ratione nec minori 60. annis id permittitur, niſi cauſa cognita, *d. l.* 15. §. *pen.* Ut adeo inverſo jure *Laut. p.* 17. id de majore 60. annis afferat, quod in *d.* ʃ. 2. de minore traditur. Major enim poteſt adoptare, quia in eo fere deficit ſpes prolis. Ab eadem cauſa quoque eſt, quod plures adoptari non poſſint, niſi ex juſta cauſa. *d. l.* 15. §. *f.* quia orbitatis ratio jam deficit uno adoptato.

Fallit autem hæc regula (1) quoties juſta eſt aliis quoque hujus beneficii concedendi cauſa: Uti ſi forte non facilis eſt ſpes liberorum, & difficilis facultas generandi, de qua ſpecie exceptionis eſt *L.* 6. *pr. ff. de Lib. & poſth.* ibi: *qui generare facile non poteſt &c. adoptare poteſt.* Idque accidere poteſt, vel propter morbum & valetudinem. *d. l.* 15. ʃ. 2. ibi: *Quia magis procreationi liberorum ſtudere debeat: niſi forte morbus aut valetudo in cauſa ſit, aut alia juſta cauſa adrogandi:* Vel ſi alia juſta cauſa eſt, ut propter conjunctionem ſanguinis &c. *d. l.* 5. ʃ. *p. in fin.*

Fallit quoque (2) in caſtratis, ſcil. illis qui ſcelere & facto ſuo generandi facultate privati ſunt, quia delictis & criminibus beneficia juris non dantur, & huc pertinent ʃ. 9. *de Adopt. L.* 39. *Jur. dot. L.* 14. ʃ. 1. *Man. Vind.* Ex qua ratione etiam reliqua juris beneficia, quæ ſpadonibus dantur, denegantur caſtratis, uti dotem dare, & matrimonium contrahere, *L.* 39. §. 1. *de Jur. dot.* Vel matrimonii cauſa manumittere, *d. l.* 14. Vel poſthumum hæredem ſcribere *l.* 6. *in f. pr.* & §. 1. *ff. de Lib. & poſt.* Nam & matrimonium in ſpadonibus pro beneficio reputatur, adeoque caſtratis non competit. Nec poſthumum hæredem ſcribere potuit, ſi juſta ejus uxor eſſe non potuit. ʃ. 28. *Inſt. de legat.*

Si vero nulla ipſius caſtrati culpa, ſed forte vi hoſtili vel in infantia ipſe caſtratus fuerit, (Vid. *L.* 4. §. 4. *ff. ad L. Corn. Sic.*) durum ſane eſſet, eum privari beneficiis juris nulla ſua culpa, ſed aliorum ſcelere; inprimis cum in ipſum redundaverit maxime ſceleris hujus calamitas. Ratio utique juris hic eadem eſt quæ in ſpadonibus, & Leo Imperator in *Nov.* 26. eos expreſſe conjungit. An autem olim hi caſtrati adoptare non potuerint, quod Leo veteri jurisprudentiæ imputat, diſquirere ſupervacuum eſt, cum eis faveat ſaltem juris illius ratio, quæ hoc caſu quoque militat.

OBJ.

OBJ. *L. 16. ff. h.* ibi: *Adoptio in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere.* Unde sequi videtur nec spadones, qui natura generare non possunt, nec castratos, adoptare posse.

RESP. Per naturam, hic & proprie intelligitur natura communis seu generis, sive quod commune hominum est: Ita, naturæ communi hominum convenit, pupillum generare non posse, nec eundem bis generari, *L. 37. §. 1. h. t.* item, quod minor majorem gignere nequeat; (hinc ridet Senatus Rom. Antoninum, qui cum esset 14. annorum, adoptavit Alexandrum jam 12 annorum. *Herod. L. 5. in Pseud. Ant.*) quod exemplum cum præcederet in *d. l. 15. id fin.* ei hæc ratio subjungitur in *d. l. 16. Adoptio in his personis &c.* Quando ergo pubes vel major ideo non potest generare, quia spado est &c. tunc non est natura, sed naturæ vitium, adeoque ad eum verba *d. l. 16. in quibus etiam natura &c.* non pertinent. Natura enim communis est norma rerum, & quicquid ab ea deficit, vitium est. *L. 1. §. 7.* ibi: *contra naturam &c. ff. de Ædil. ed.* unde animal vitiosum dicitur quod contra naturam generis læsit, *L. 1. §. 7. 10. si quadr. paup.* uti si bos est cornupeta, vel equus calcitrosus: ea enim mansuetæ naturæ communis vitia sunt, etsi hujus bovis vel equi natura singularis ea dici possit; quæ a vitio est.

Lex igitur adoptionis imitatur naturam. *§. 4. Inst. de Adopt. d. L. 16.* sed communem illam generis, & integram, (vi cujus nemo generare potest nisi sit pubes, vel major adoptato &c.) non corruptam singulorum seu vitia naturæ, quale est defectus generandi in spadone.

Quam varie hic Dd. dissentiant & quam parum sibi constent, Vide apud *Struv. Ex. 3. §. 63. ibique Muller. Giph. ad Inst. Disp. 1. 77. 19. Brunn. Parat. W. q. 6. h. t. Dn. Hopp. §. 9. Inst h. t.* Si in foro talis casus eveniret, secundum illam apertam juris rationem pronunciandum putarem. *Schultz. ad tit. de Adopt. §. 1. §. 9. lit. 6. Giseb. Justin. Harm. d. §. 9. n. 225.*

QV. II. *An hodie ad arrogationem necessaria sit autoritas Principis?*

Laut. p. 17. verb. *qua Principis.*

De Jure Civili id dubium erat, *L. 2. ff. L. 6. C. & §. 1. Inst. de Adopt.* Ratio juris hæc fuit, quia per arrogationem ille qui civis erat jam desinit esse civis, & alienæ potestati subiicitur, quod sine Principis autoritate fieri non debet.

Hodie quoque id ita obtinere tradit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6. Phil. Us. Pr. Inst. L. 1. Ecl. 73. n. 14.* (Etsi Dissent. *Dd. ibid.* & *Schilt. Ex. ad π. 2. th. 16.*) atque ita in facultate Viadrina arrogatio sine Principis confirmatione perfecta pro nulla declarata fuit an. 1701. d. 28. Febr.

Id Jus autem arrogationes confirmandi statibus Imperii competere certum est. *Vid. Dn. Par. J. Publ. c. 23. §. 9. Dn. Stryk. d. l.* Sed tantum ratione civium sui territorii. *d. §. 9.* Si vero Imperator arrogationem confirmat valet ea in toto Imperio. *Dn. Par. d. l.* Idem quoque verum est, si Comites Palatini, quibus hæc facultas in specie ab Imperatoribus concessa est, confirment. *Stryk. d. l. §. 3. & 6. Phil. d. l. n. 5.* Collegium autem nobilium immediatorum confirmare nequit, quia Status Imperii non est, neque superioritate territoriali gaudet, quin ne quidem ordinariam jurisdictionem habet, sed tantum ex compactis & compromissis. *Vid.* Ritter-Ordn. vom *6. Nov. 1651. art. 12. 28.* uti itidem responsum est dict. An. 1701. Mense Febr.

Qv. III. *An plebejus a nobili adoptatus fiat nobilis?*

AFF. de Jure civili: (1) Ita enim a decurione adoptatus fiebat filius decurionis, ejusque privilegia consequabatur. *L. 4. C. decur.* & sic a senatore adoptatus senatoris filius efficitur. *L. 6. §. 1 & 10. de Senat. L. 35. ff. de Adopt.* Conf. *L. 14. ff. Eod.* ibi: *& patria dignitas quæsita per adoptionem &c.* (2) quia adoptivi jus imaginum habuerunt, quod non nisi nobilibus apud Romanos competebat. *Huber. ff. h. t. §. 2.*

Laut. p. 15. verb. *dignitatem.*

OBJ. (1) Quod nobilitas natalium jure æstimetur, *L. 3. C. de Comm. & Merc.* natales vero per adoptionem non acquiruntur, *L. 23. ff. h. t.*

RESP. (1) non solum natalibus tribui nobilitatem, sed & multo magis eam sequi ex concessione summæ potestatis, nam ita nobiles noviter creati sunt nobiles, etsi natalibus destituantur. *d. l. 3.* (2) Adoptio quoque natalibus comparatur, est enim civilis generatio, quin jura consanguinitatis tribuit, *L. 1. §. f. ff. de suis & leg. §. 2. Inst. Legit. Agn. Succ. L. 44. de Adopt.*

OBJ. (2) Quod jura publica, ut dignitates &c. pactis privatorum tribui non possint, nec jus nobilitandi, quod inter regalia & jura majestatis recensetur, privato tribui debeat.

RESP. Nobilitas illa non tribuitur facto privati, sed autoritate publica legis, quæ jus adoptandi in familiam, cui cohæret nobilitas, patrifamilias concessit: Pater ergo eum saltem adoptat in filium; quo facto, potestate legis ille familiam, & quæ eam sequuntur jura, nanciscitur.

Hæc quoque est communis Dd. opinio: *Struv. Ex. 3. th. 65. Sets. D. 5. corol 4. Bach. ad Tr. Disp. 2. p. 76. Tiraq. de Nobil. c. 15. §. 5. & 6. Huber. ff. h. t. n. 2.* Et plurimis rationibus eam defendit *Hunn. var. resol. L. 1. tr. 3. q. 33.*

DISSENT. *Hœn. Disp. ad Inst. 2. th. 21.*

An vero hodieque adoptivi nobiles fiant, dubio non caret; Negant id *Dn. Stryk. U. M. h. §. 8. Tiraq. d. n. 6 Struv. d. th. 65. ibique Muller. Wissenb. ff. h. n. 35. Brun. parat. W. h. t. q. 33. Hopp. ad §. 8. Inst. h. t. & Dd. Communiter.* Quæ praxis licet vera sit, neutiquam tamen probatur ea ratione, quasi jus hoc regale sit, quod privatis non competit. *Struv. d. l.* Ea enim modo jam enervata fuit. Propior videtur esse ratio *Dn. Thomasii in Schol. ad Hub. d. l. quia in concessione nobilitatis Imperator eam restringere solet ad liberos per sanguinem descendentes.* Add *Dn. Thomas. ad Strauch. Ex. IV. 18. p. 38.* Hoc tamen negari nequit, aliquid splendoris accedere filiis a nobile adoptatis. Vid. *Sets. d. l. Tiraq. d. l. Chassan. Glor. Mund. p. 8. Conf. 23.*

NOT. E contrario si nobilis a plebejo adoptatur, non amittitur nobilitas, per *text. express. in L 35. h. t.* Sed ea adoptione accedunt ei jura plebejorum: Qua de causa Clodius se plebejo adoptandum præbuit, ut Tribunus plebis fieri posset. *Suet. in Tib. c. 2.* Conf. *Cic. pro dom. apud Tiraq. d. l. n. 5.* Quo argumento liquet, quam plene adoptio omnia jura, etiam publica, quæ familiam sequuntur, tribuat. Add. *L. 6. §. 1. h. t.*

OBST. *Arg. L. 1. C. de dign. L. 13. C. eod. ibique God.* ubi fœmina nobilis, nubens plebejo, fit plebeja.

RESP. Aliud est in matrimonio, aliud in adoptione: Per matrimonium fœmina, quæ per se nullam dignitatem habet, illam necessario accipit a marito, indeque ejus conditionem sequitur. *Dn. Par. Disp. L. Morg. S. 3. §. 2. sq.* Sed adoptione accedit filius ad familiam, ast non eo animo, ut dignitas ejus minuatur. *d. l. 35.*

QV. IV. *An adoptati ab ascendente transeant in hujus potestatem cum liberis suis?*

Laut. p. 15. verb. *plene transeunt &c.*

Equidem affirmat id *Laut. h.* Sed verum id saltem est de *patribus familias arrogatis*, hi enim transeunt cum tota sua familia in potestatem arrogatoris, de quo casu expresse loquitur §. *11. Inst. h. L. 2. ff. 2. h. L. 15. pr. L. 40. pr. Eod.* Non vero de *filiis familias adoptatis;* si enim hi liberos habent, non sequuntur adoptatum, sed manent in avi naturalis potestate, *per text. express. in d. l. 40. pr.* ibi: *Quod non similiter in adoptione contingit: nam nepotes ex eo in avi naturalis manent potestate.*

QV. V.

Qv. V. *An impubes, si emancipatur vel exhæredatur, præter sua bona etiam quartam ejus, quod ei ab inteſtato debetur, ex bonis arrogatoris acquirat?*

RESP. Si impubes arrogatus *emancipatur*, tunc diſtinguitur in §. 3. *Inſt. Adopt.* an ex *juſta* cauſa ſit emancipatus, an ex *injuſta*: *Priori* caſu emancipatus ſua tantum bona recipit, *d.* §. 3. nec pater acquirit ſemiſſem Uſusfructus, *L. ſ. Si quid in fraud. cred. Poſteriori* caſu & ſua bona recipit, & ex arrogatoris bonis quartam ejus quod ab inteſtato debetur. *d.* §. 3.

Laut. p. 18. verb. Vid. omnino.

Sed an hæc diſtinctio etiam pertinet ad impuberem *exhæredatum?*

NEGATVR: per *d.* §. 3. ubi non modo indiſtincte dicitur, *ſi decedens pater eum exhæredaverit, jubetur quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere*; Sed & in hoc ipſo expreſſe exhæredatus impubes ab emancipato diſcernitur, quod emancipato ex injuſta cauſa demum non competat quarta, *d.* §. 3. *verb. Si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus NB. ſine juſta cauſa emancipaverit.* Tum per *L. 8.* §. 15. *ff. de Inoff. teſt.* unde inevitabili argumento infertur, exhæredatum etiam ex juſta cauſa conſequi quartam: Dicitur enim de impubere exhæredato; *Et, ſi non obtinuerit in querela, quartam ei quaſi æs alienum concedendam.* Qui autem non obtinuit in querela, ex juſta cauſa exhæredatus fuit.

Ratio differentiæ eſt, quod *exhæredatio* notam inurat, *N.* 115. *c.* 5. Leges ergo hujusmodi impuberem, (qui ſibi ipſi in arrogatione proſpicere non potuit, & cui per affectum naturalem parentis adoptivi, quippe extranei, plane cautum non eſt,) ipſiusque ætatem, tutam ab hac nota præſtiterunt. *Emancipatio* e contrario ſpeciem honoris continet. §. 2. *per quas perſ.* Si ergo *juſta* emancipandi cauſa eſt, emancipatus quidem propria bona recipit, (integra, & non detracto ſemiſſe) ſed nullam quartam, utpote quæ in priori caſu erat quaſi æſtimatio illius notæ. Si vero *non juſta* eſt emancipandi cauſa, tunc ne filio ſine juſta cauſa auferatur hoc facto jus ſuccedendi arrogatione quæſitum, quartam illam accipit. *d.* §. 3.

OBJ. Quod ita melior foret conditio arrogatorum quam naturalium liberorum, qui *exhæredati ex juſta cauſa* quartam non habent, ſi emancipantur, & amittunt ſemiſſem vſusfructus ſuorum bonorum.

RESP. Naturalibus ſatis cautum videtur per affectum parentum naturalem, qui ſine juſta cauſa liberos ſuos infamia ac damno affecturi non ſunt, is vero affectus quoniam deficit in adoptatis, magis eis cavent leges.

Varie DISSENTIUNT Dd. *Mynſ. ad* §. 3. *h. n.* 12. *Vinn. ad d.* §. 3. *n.* 2. aliter *Hopp. ad* §. 3. *Inſt. h.*

QV. VI. *An quarta illa impuberum sit quarta portionis ab inteſtato debitæ?*

RESP. Eſt quarta ejus portionis, quæ ab inteſtato impuberibus debetur: Sed hæc regulariter eſt omnium bonorum. §. 3. *Inſt. h. t. l.* 8. §. 15. *Inoff. teſtam. l. f. ſi quid in fr. patr. L.* 1. §. 21. *ff. Coll. bon. L.* 22. §. 1. *ff. l.* 2. *C. h.*

Nam cum arrogatus plerumque ſolus ſit, (aliis enim filiis exiſtentibus, vel ubi ſpes ſaltem aliorum eſt, non admittitur arrogatio, *L.* 15. §. *p. & ult. L.* 17. §. 2. & 3. *h.*) ſolusque ab inteſtato omnia bona habeat, recte illa quarta dicetur & omnium bonorum, & portionis ab inteſtato debitæ. *Vinn.* §. 3. *h. t. n.* 3. Secus ergo eſt, ſi ex ſingulari cauſa adoptetur impubes cum alii filii ſunt; tunc enim uti ab inteſtato ipſi non competunt omnia bona, ita nec quarta ejus eſt omnium bonorum, ſed ejus, quod ab inteſtato debetur. Textus ergo ante allegati, qui quartam dicunt eſſe omnium bonorum, loquuntur de eo quod plerumque fit, & regulare eſt, ut alias indeque non *obſtant.*

Praxis quoque pro nobis militat, nam hodieque caſu tali obveniente ita pronunciandum ait *Schilt. Ex. ad* π. 3. *th.* 16. Conf. *Strauch. Diſſ.* 4. *Jur. Juſt. th.* 22.

Quam varie hic Dd. *diſſentiant*, vide apud *Struv. Ex.* 3. *th.* 60. *Hæn. D.* 2. *q.* 24. *Tr.* 2. 9. *l. c. ibique Bach. p.* 74.

QV. VII. *An illa quarta etiam aucta ſit per Nov.* 118. *ubi loco quartæ legitimæ triens eſt definita?*

NEGAT. *Mynſ. ad* §. 3. *n.* 13. *Inſt. de Adopt. Hæn. Diſp. ad Inſt.* 2. *th.* 24. *Tr. Vol.* 1. *diſp.* 2. *th.* 9. *l. c.*

AFFIRM. *Vinn. Hopp. &c. ad* §. 3. *h. Bach. ad Tr. d. l.*

Prior ſententia magis placet: (1) Quia quarta augetur tantum in illis perſonis; quibus olim quærela inoff. teſtamenti competebat, *Nov.* 18. *c.* 1. arrogatis autem ratione ſuæ quartæ non competebat querela, ſed ordinarium remedium ex conſtitutione Divi Pii *L.* 8. §. 15. *Inoff. teſt. Mynſ. d. l.* (2) Dicta Novella loquitur de caſibus regularibus, quando liberis legitima ſine juſta cauſa teſtamento vel non relicta, vel imminuta eſt; Non igitur de caſu, quo etiam ex juſta cauſa exhæredati, vel ex injuſta emancipati ſunt. Et (3) eo minus eo extendenda lex eſt, cum correctoria, & ſtricti juris ſit.

OBST. (1) Quod illa conſtitutio Divi Pii ſit querelæ ſurrogata, adeoque ejusdem debeat eſſe naturæ: *Vinn. d. l.*

RESP.

RESP. Neque hæc constitutio surrogata querelæ dici potest, cum hæc in casu emancipationis & justæ exhæredationis nulla fuerit: Nec quæ stricti juris sunt, extenduntur ad quaslibet surrogationes.

OBST. (2) Quod dispositio Novellæ sit generalis, & ad omnes pertineat quibus legitima debetur:

RESP. Imo non ad omnes quibus legitima debetur pertinet, sed tantum ad eos quibus olim querela competiit. *Addatur rat. secunda.*

OBJICIT (3) *Vinn. d. l.* contra rationem nostram primam, olim etiam impuberibus adrogatis legitimam competiisse, Divum Pium autem non minuere arrogatorum, sed augere data propria actione voluisse.

RESP. Noluit augere, sed tutam eorum quartam omnibus casibus præstare: Quin in aliis minuit; cum naturales liberi ope querelæ integram successionem consequi possint, hi impuberes autem semper quarta contenti esse debeant, *d. l. 8. §. 15.*

OBJICIT (4) idem *Vinn.* contra rationem nostram tertiam, quod illa regula falsa sit, quoties eadem ratio juris subest. Verum non subesse parem rationem jam dictum est.

Qv. VIII. *An adoptatus ab extraneo sit in patris adoptivi potestate?*

RESP. Dicuntur equidem parentes & filii *L. p. pr. & §. 1. C. h. t.* Sed nulli effectus patriæ potestatis patri acquiruntur, præterquam quod filius habeat jus sui hæredis ad patris adoptivi successionem, *d. l. p. §. 1. §. 14. Inst. Hær. quæ ab int.* Hactenus adoptati dicuntur transire in alienam familiam, *d. l. p. pr.* ac in patris naturalis potestate non manere; uti id clarissime ita explicatur in *d. §. 14.*

Laut. p. 18. verb. Adoptatus ab &c.

Et hoc modo conciliatur facile dissensus Doctorum, quorum alii *negant* filium transire in adoptivi patris potestatem, idque 6. rationibus probat *Stœnon. D. 2. Inst. th. 23.* Conf. *Heig. & Mynſ. ad §. 2. Inst. h. Treutl. Disp. 2. th. 10. l. a.*

Alii vero AFFIRM. *Arumæ. ad §. 2. Inst. h. Dd. apud Hœn. d. l. Rennem. Jurisp. R. Memb. 1. de Jur. pers.* & alii apud *Giseb. Just. Harm. ad §. 2. h. n. 87.*

Qv. IX. *An hodie adoptionis adhuc sit usus?*

Laut. p. 18. verb. Hodie adoptionis.

RESP. Est quidem rarior adoptionis usus, quia hodie effectus patriæ potestatis non tanti sunt, ut ideo aliquis adoptari debeat, attamen exempla occurrunt: Ita præjudicium extat apud *Dn. Stryk. U. M. h. §. 4.* Alia exhibet *Richt. de Successf. ab int. Sect. 1. Membr. 2. n. 15.* Ita anno 1701. Mense Majo, in facultate Viadrina adoptio rejiciebatur, quæ non secundum juris civilis solennitates facta erat: Sic adoptionem non rite factam a Principe confirmari posse ex decreto ejusdem facultatis refert *Stryk. U. M. h. §. 7.* & *Besoldus* in causa illustri consultus, adoptionem hodieque cum omnibus requisitis probari debere respondit, *part. 4. Cons. 154. n. 62. & sqq.* Idque testantur Dd. apud *Laut. p. 18. Dn Stryk. U. M. h. §. 1. & sq. Phil. U. Pr. Inst. L. 1. Ecl. 73. n. 2. Hahn. ad Wes. h. t. n. 6. Hopp. ad pr. Inst. h. t.*

DISSENT. *Tholos. L. 1. Syntagm. Jur. c. 6. in fin. Gudel. de J. Nov. L. 1. c. 13. Grœnw. LL. abrog. ad Inst. h. t.* (1) Quia quotidie videmus alienos liberos educari atque ali, neque tamen inde fieri adoptivos. (2) Quia statuta nullam de adoptione mentionem faciunt: Sed bene

RESP. *Dn. Stryk. d. l. §. 1. & 2.* ad *prius*, illos non esse adoptivos nec jure civili, sed alumnos; qui plane non sunt filii, nec quoad successionem ab intestato. *Besold. d. cons. 154. n. 65.* Ad *posterius*, statuta illa supplenda esse ex jure Romano tanquam communi. Accedit, quod dissentientes loquantur de Gallia, & terris Belgicis, ubi verum est adoptivos saltem haberi pro alumnis, indeque post mortem adoptantis nihil juris prætendere posse. *Christin. Vol. 4. dec. 185. n. 4. seq. Tiraq. de retr. Lineal. §. 1. Gloss. 8. n. 16. Choppin. ad Consuet. Ant. L. 3. c. 3. t. 2. n. 13. &c. Grot. Introd. L. 1. part. 6. §.* de groote. *Vinn. rubr. Inst. h. t.*

Qv. X. *An adoptiones sint juris naturalis?*

RESP. Forma adoptionis, ejusque nomen, ac plerique effectus, sunt ex jure civili, vel saltem Gentium secundario, *arg. §. 2. de J. N. G. & C.* Pactum vero ipsum est ex naturali jure, utpote quod pacta conventa servare jubet. *L. 1. ff. de pact. §. 40. Inst. Rer. div.* Regula enim naturæ est, homines pro lubitu de re sua disponere posse, *L. 120. ff. V. S.* Pater autem & filius hic disponunt de suo jure, *ille* enim jura filii adoptato confert, *hic* vero se suaque bona consentiente patre naturali alterius potestati subjicit. Hinc etiam apud omnes gentes hujusmodi adoptiones factas legimus; Ita Moses a filia Pharaonis adoptatus fuit. *Exod. 2.* & liberi a Jacobo & Abrahamo ex ancillis progeniti, adoptivi fuere; uti egregie id contra Tiraquellum demonstrat *Dn. Pa-*

rens

rens in Disp. ad L. Morgan. Sect. 4. §. 15. De Ægyptiis & Græcis id testatur *Huber. ff. h. t. n. 1.*

DISSENTIT *Grot. J. B. & Pac. L. 2. c. 5. §. 26.* Qui arrogationis pactum jure naturæ valere ait, non vero adoptionis, *quia pater filium suum eo modo dare alteri non potest, ut jus paternum plene in eum transeat, & ipse paterno officio exsolvatur; id enim natura non finit:* Sed notandum est (1) quod per adoptionem juris civilis non jus patris extinguatur, sed saltem effectus potestatis patriæ, & quidem illi qui juris permissivi sunt: Unde jura cognationis, indeque pendentes prohibitiones, aliaque jura præceptiva, inter patrem naturalem & filium manent. *L. 10. §. 1. C. h. t.* Cum ergo (2) per adoptionem saltem jura permissiva tollantur, nullam video rationem, cur pater naturalis, consentiente filio, jura illa permissiva, v. g. jus educandi &c. in alium conferre, suisque commodis v. g. acquisitioni per filium &c. renunciare non possit.

Valet ergo Jure naturali & arrogatio & adoptio, sed tantum in juribus privatis, utpote de quibus pactum intervenire potuit; Non ergo valet de Imperiis, neque adoptati in imperio naturaliter succedunt. *Grot. P. 2. c. 7. §. 16.* Nam populus defert regnum Principi, & ejus descendentibus, qui naturaliter non sunt nisi ex sanguine primi acquirentis: Egregie Galliæ Cancellarius hanc in rem differit apud *Priol. L. 12. Rer. Gall. Sanguis regius non transfunditur in alienigenas venas; periculosum est adoptare &c.* Ita Tiberii voluntas Germanicum adoptantis irrita fuit. *Suet. Calig. c. 14. Dn. Par. J. publ. c. 7. §. 17.*

OBJ. Quod tamen omnium gentium exempla sint contraria, ubi sæpius adoptivos etiam in regnis successisse legimus: Præter illa quæ *Grotius d. c. 7. §. 12.* allegat, plurima refert *Term. ad d. §. 12.* Ita ex jure nostro Romano constat Tiberium ab Augusto adoptatum fuisse. *§. 11. de Adopt.* Ipse Justinianus est Justini I. filius adoptivus &c.

RESP. In omnibus his exemplis populus, tacite saltem, consensit, neque enim ullibi apparet populum contradixisse, & si contradixit, postea tamen acquievit. Quod vero hæc exempla ad regna patrimonialia referat *Grot. d. §. 12.* in eo admodum fallitur, nam regna patrimonialia dari negamus. *Disp. Dn. Par. de Imp. in Par. §. 6.* Quemadmodum ex principiis *Dn. Parentis* late id demonstravit Vir Consultissimus *Dn. Stiglitz*, Amicus noster colendissimus, in *Disp. inaugurali de Immutabilitate Juris primogenituræ.*

QV. XI. *An & qualis dignitas liberet a Patria potestate?*

RESP. Dignitas quidem liberat a patria potestate, *Nov. 81. Præf. & c. 1. & Nov. 38. Præf. §. 3.* Sed illa tantum quæ ab oneribus curiæ liberat: *Laut. p. 18. verb. Dignitate dd. ll. &c.*

dd. ll. Quod fit *maximarum dignitatum acceptione. d. Nov. 38. præf. §. 3. d. Nov. 81. c. 1.* quæ ſpecifice enumerantur in *L. f. C. de decur.* aliis omnibus rejectis *ibid. in fin.* Hoc ergo tantum de ſupremis dignitatibus cum eminenti poteſtate conjunctis verum eſſe apparet, tum ex verbis *d. Nov. 38. præf.* §. 3. ibi: *niſi per maximarum dignitatum*, & mox, *præfecturas autem eſſe & eas quæ principatum agunt exercitus*, tum ex ratione adjecta in *Nov. 81. Eum namque, qui tantorum judex eſt & tantis jubet, manere ſub poteſtate alterius &c. indignum judicavimus.*

Cum vero pleraque pars illorum officiorum, & ipſa curia hodie ceſſet: Doctores eadem privilegia extendunt ad conſiliarios intimos, quo etiam referendi Cancellarii &c. *arg. d. Nov. 81. c. 1. pr. & l. f. C. de decurion.*; Inter milites itidem ſummas ſaltem dignitates liberare puto, *arg. d. c. 1. pr.* Si vero dubitetur, an dignitas liberet a patria poteſtate, tutius exiſtimo ipſum Principem conſulere, per *d. Nov. 81. præf.* ibi, *quoscunque nos probaverimus, quod eos liberet a curia.*

Hinc ergo (1) non liberant illæ dignitates, ſi ſaltem ſunt honorariæ, & nullam conjunctam habent poteſtatem, per *text. expreſſ. in d. Nov. 38. præf.* §. 3. Vid. *tamen l. f. C. de decur. ibique Goth.* (2) Si ſunt tales dignitates, quibus ſua natura, poteſtas non eſt conjuncta, qualis eſt dignitas clericalis: *Laut. pag. 18. Bach. ad Treutl. pag. 80.* Unde Epiſcopi fuerunt in poteſtate patria, *L. 34. C. de Epiſc.* & demum per *Nov. 81. c. 3.* privilegio exemti ſunt. Vid. *Bocer. Diſp.* 13. *claſſ. 1. th. 19.* Idem de *Doctorali* dignitate dicendum, hæc enim tantum in docendo conſiſtit, nullamque poteſtatem conjunctam habet. Atque ita judicatum refert *Phil. L. 1. Ecl. 67. n. 9. in f.* & *Hopp. ad §. 4. Quib. mod. pat. Dn. Stryk. U. M. h. §. 4. Hœn. Diſp. Inſt. 2. th. 25.* Vid. *Carpz. & Berl. apud Laut. h.*

Obst. *L. 6. C. Prof. & med.* ubi Profeſſores & Doctores pronunciantur liberi ab omnibus oneribus, etiam curiæ, adeoque & a patria poteſtate.

Resp. Non liberantur a Curia propter talem dignitatem, quæ conjunctam habet poteſtatem (quod tamen requiritur ad id ut liberentur a patria poteſtate. *Vid. pr. h. quæſt.*) *ſed ut eo facilius liberalibus ſtudiis multos inſtituant;* quæ ratio additur *d. l. 6.* Aliter Resp. *Struv. Evol. ad Ex. 3. th. 67.*

(3) Si ſit dignitas inferior, etſi poteſtas quædam conjuncta ſit, uti dignitas municipalis &c. atque ita de locum tenente judicatum refert *Huber. ff. h. t. n. fin.*

Omnium vero minime (4) ſi neque dignitas, neque poteſtas eſt, ut in *Monachis, arg. l. 56. ſ. 1. C. de Epiſc. Berlich. p. 2. Concl. 11. n. 51.* et late Dd. apud *Bocer. Diſp.* 13. *Claſſ.* 1. *th.* 18. *Hœn. Diſp. Inſt. 2. th. 25. Phil. d. l. num. 9.*

DISSENT.

DISSENT. *Struv. in evol. ad d. th. 67. Bocer. d. th. 18.* & late Dd. apud *Hæn. d. l.* item *Gail. 2. O. 131. n. 7. Fachin. Lib. 6. Controv. c. 12. &* c. 14.

OBST. (1) *Auth. sed neque C. de Episc. & Cler.* ubi monachismus liberat a curia, ergo & a patria potestate.

RESP. Non omne privilegium quod a curia liberat, etiam liberat a patria potestate, sed tantum dignitas, quæ potestatem continet. *dict. Nov. 38.* Utrumque hic cessat. Addatur *Responsio ad Obj. tertiam.*

OBST. (2) *Auth. ingressi C. de SS. Eccl.* Ubi ingredientes monasterium se suaque Deo dicare dicuntur, adeo ut nec testari de suis possint?

RESP. Inde non sequitur monachos exire e patria potestate, nam alii tamen effectus patriæ potestatis manent, etsi bona ingredientis ecclesiæ cederent. *Bocer. d. th. 19. & 20. arg. l. 34. C. de Episc. & Cler.* uti egregie totam hanc rem ita exponit *Dn. Schwend. ad Eckolt. ff. h. t. §. 13.*

OBST. (3) *Nov. 123. c. 41.* ubi pater prohibetur filium abstrahere ex monasteriis. *Add. l. 56. §. 1. C. de Episc. & Cler.*

RESP. Sublato uno vel altero effectu, non tota patria potestas sublata est. *arg. L. 34. C. d. Episc. & Cler. Bocer. d. l.*

NOT. Per hujusmodi dignitates non in totum tollitur patria potestas uti aliis emancipationibus, sed tantum quoad onera, commoda vero filiis salva manent, nullum enim legitimorum jus perdunt, non desinunt esse agnati, nec successio ipsis aufertur, ne dignitas ipsis sit noxia, cum intentio legis sit ipsis conferre præmium per *text. express. in Nov. 81. c. 2.* quod jus hodie nullibi mutatum apparet.

QU. XII. *An liberi hodie per nuptias exeant e patria potestate?*

RESP. *Filiæ* semper exeunt e patria potestate si nubent, nam transeunt in familiam sui mariti, indeque semper separatam familiam a paterna habent, sive sint in convictu patris sui, sive non. *Phil. L. 1. E. 77. n. fin. Brunn. ad Wes. de Adopt. q. 11.* Idque de jure Saxonico ita receptum testantur *Struv. Ex. 3. th. 68. Carpz. p. 2. c. 10. def. 2. Berl. p. 2. concl. 11. n. 31.* late *Bocer. Clas. 1. Disp. 12. th. 22.* & *Hopp. ad §. 6. Inst. Quib. mod. pat.* (quanquam de praxi generali dissentiat *Struv. d. l. Carpz. d. l. Pagenst. 1. Sicil. 6. Franzk. apud Struv. d. l. &c.*) Adeo, ut nec mortuo marito recidat in potestatem patris, *Moller. Const. Sax. 10. n. 7. Mull. ad th. 68.* & late Dd. apud *Hæn. Disp. Inst. 2. th. 25.* ubi id de Galliæ, Hispaniæ & Longobardiæ moribus testatur.

Laut. p. 19. verb. sed dimissi.

Ratio vero hujus proxeos non fundatur in *L. 5. §. fin. ff. Commod.* quasi duo in solidum possessionem ac potestatem habere non possint: Nam fallit hæc regula, ubi diversa genera possessionum sunt, & ubi alia est potestas martialis, alia parentis. Vid. *Struv. Evol. ad d. th. 68.* Aliam rationem dat *Dn. Stryk. U. M. h. §. 23.* quod scil. moribus ita fiat interpretatio, ac si pater, consentiendo in nuptias filiæ, suam potestatem remiserit. Verior est, quod filia nubendo semper separatam familiam instituat, institutio autem separatæ familiæ moribus indubie liberat a patria potestate. Vid. *Laut. h.* & prolixe *Coler. dec. 222. n. 2.*

Filii vero per solas nuptias non exeunt e potestate, (neque enim, ut filiæ, transeunt in familiam conjugis suæ), nisi separatam familiam & œconomiam sibi paraverint: atque hoc præjudiciis ita firmat *Phil. Lib. 1. Ecl. 67. n. fin. & Ecl. 77. n. 4. seq.* ac communiter ita distingui solere ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 22. & 23.* De Saxonia & quod ibi hoc receptum sit, testantur *Carpz. d. l. def. 3. Muller. d. l.* modo majorennes sint. *ibid. Laut. h. loc.*

NOT. Tollitur hoc modo patria potestas, uti per dignitatem. Vid. *quæst. præced.* scil. tantum quoad *onera.* Hinc pater non amplius acquirit usumfructum bonorum filii, uti testantur præjudicia apud *Phil. d. Ecl. 76. & 77. Carpz. p. 2. c. 10. d. 5. n. 6. 7. & d. 8.* Ipse non acquirit patri, sed sibi, *arg. Nov. 81. c. 2.* Sed quoad *commoda* manet in potestate, hinc succedit patri, *Mev. J. Lub. L. 2. t. 2. art. 33. n. 3.* Dd. apud *Mull. ad Str. d. l. l. α.* Ejus insignia & nomen retinet. Pater ipsi pupillariter substituere & testamento tutorem dare potest. *arg. d. Nov. 81. c. 2.*

Qv. XIII. *An hodie emancipatio solennis adhuc obtineat?*

Laut. p. 18. verb. *hodie rarissima.*

NEGAT. id *Hahn. ad Wes. h. n. 7. p. 120.*

Sed rectius AFFIRMANT Doctores communiter *arg. L. 27. C. de test.* Vid. *Phil. L. 1. Ecl. 77. n. 1. sq. Berl. part. 2. concl. 11. n. 21. Laut. pag. 18.* Quin comitivis solet hodieque inseri facultas confirmandi emancipationes, *Phil. d. l.* Ita Comitem aliquem filios suos coram Camera emancipasse tradit *Bocer. Clas. 1. Disp. 13. th. 29.* quod a Comite Löwensteinio factum est, uti sententiam refert *Pensold. ad Coler. Dec. 222. n. 2. & 17.* Alia exempla habet *Eiben. Obs. theor. pract. ad Inst. Quib. mod. pat. obs. 13.* Quanquam rarior Emancipationum hodie sit usus. *Laut. d. d. l. Hopp. ad §. 6. Inst. Quib. mod. pat.*

Emancipatio olim coram ordinario & competente magistratu fiebat, *l. ult. C. de Emanc.* quod hodie non est mutatum: Nam hodieque emancipationes fieri possunt coram ordinario magistratu, ut Camera id jus exercuit in ante allegato exemplo. Quanquam etiam Imperator comitibus palatinis eandem facultatem

tatem concedere soleat. Vid. *Bocer. d. disp.* 13. *th.* 29. *Bluhm. Proc. Cam. t.* 42. *n. f. Hyp. Quib. mod. pat.* §. 5.

Effectus hujus emancipationis solennis hodieque hic erit, ut (1) tollat patriam potestatem, non tantum quoad onera, sed & quoad commoda; hinc (2) non succedit patri tanquam suus, ei nec substitui potest, nec tutor ei dari &c. (3) Hæc omnia ita vera sunt, licet filius adhuc in convictu patris maneat: &c. (4) Pater in præmium emancipationis consequitur semissem Ususfructus omnium bonorum &c. Vid. *quæst. ad Laut. p.* 257.

Qv. XIV. *Quid sit unio prolis, & quatenus valeat?*

RESP. Unio prolis est pactum conjugum, (*Diss. Bach. ad Tr. V.* 1. *Disp.* 2. *th.* 11. *C.*) quo alterius, vel utriusque liberi, ex alio matrimonio suscepti, recipiuntur in jus communium liberorum, quasi ex utroque nati essent: Einkindschaft. *Dn. Par. Hyp. Inst. tit. de Adopt.* §. *fin. Bocer. Disp.* 12. *clas.* 1. *th.* 3.

Laut. p. 18. verb. *Unio prol.*

§. 2. Hoc pactum jure civili quidem incognitum, non tamen ejus rationi contrarium est, secus ac putat *Rick. de Un. Prol. c.* 3. *n.* 42. & *JCti Argentor. Vol.* 2. *cons.* 23. *n.* 7. eo quod sit pactum de futura successione. Nam hoc pactum est de jure filii, quod jure communi quoque valet, etsi sub eo consequenter quoque contineatur hæreditas. *L.* 132. *de Verb. obl. Carpz. L.* 5. *Resp.* 6. *n.* 3. *& late seq. Bach. ad Tr. V.* 1. *pag.* 78. Nam & adoptio, & legitimatio inferunt jus hæreditarium & successionis, nec tamen eo minus valent: Subsistit itaque his casibus pactum de succedendo, non per se, sed sub forma alterius negotii, *arg. L.* 27. §. 3. *de pact. &c.*

§. 3. Potest igitur hoc pactum & privata autoritate iniri, *d. l.* 132. *de V. O.* Sed tum non nisi vim pacti privati habet, nullam vero patriæ potestatis *de quo inf.* Sed & si accedat publica autoritas verum tamen non est, hanc unionem esse surrogatam adoptioni, indeque omnes effectus plenæ patriæ potestatis per eam acquiri, uti sentire videtur *Bocer. d. disp.* 12. *th.* 13. Sed similis ei quodammodo est, *Gail. L.* 2. *O.* 145. *num.* 6. & quidem inprimis ei quæ ab extraneo fit: Etenim conjux eos recipiens, extraneus est, non e numero ascendentium. Hinc argumentum aliquando ab adoptione ad unionem valet. *Besold. thes. pract. voc.* Einkindschaft. *Carpz. L.* 5. *Resp.* 6. *n.* 14.

§. 4. Sed hoc (1) singulare est, quod, licet uxoris liberi semper sint sui juris, non tamen requiratur rescriptum Principis, sed sufficiat autoritas magistratus ordinarii. *Vid. infr.* §. 7. Idque verum est, etsi maritus suos liberos emancipatos iterum unire velit; *d.* §. 7. Qua re degenerat hæc unio ab omni adoptione, *tum* specialiter sic dicta, quæ non est nisi filiorum fami-

lias, *tum* arrogatione, quæ tantum est patrumfam. & non fit nisi rescripto Principis. (2) Adoptio non permittitur fœminis, nisi in casum orbitatis, §. 10. *Inst. de adopt.* ast unio semper. (3) In adoptione mutua est successio parentum & liberorum, hic uniti tantum succedunt parentibus. *Vid. infr.* §. 5. (4) Adoptare tantum potest ille qui 18. annis major est adoptato, unire potest etiam minor majorem &c.

§. 5. Requiritur autem ad justam unionem (I) PACTUM ipsorum CONJUGUM, de recipiendis in jus commune liberis: Unde (α) tantum valet inter paciscentes, non alios. *§. 4. & §. 8. Inst. de Inut. stip. L. 11. de Obl. & Act. Dn. Stryk. U. M. h. §. 3.* (β) Non succeditur avis, nec contra, *Dn. Par. Hyp. Inst. de adopt. §. f.* Nec (γ) collaterales invicem succedunt, *Bach. p. 79. ad Tr. V. 1. Dn. Stryk. d. l. §. 14.* etsi conjuges ita pacti sint. *Besold. J. W. Disp. 3. th. 91.* (δ) Nec parentes liberis, *tum* quia in adoptione ab extraneo facta non succedunt, *L. p. §. 1. C. de Adopt.* *tum* quia hoc pacto id non continetur, quippe quo conjuges *sibi* heredes constituunt; inprimis cum pacta sint stricti juris. *Vid. Dn. Stryk. d. l. §. 14. Muller. ad Struv. Ex. 3. th. 66. lit. η.* (ε) Testamento non constituitur, quippe quod est actus unius. *Bach. ad Treutl. 2. 11. l. d.*

§. 6. (II) CONSENSUS LIBERORUM uniendorum, unde (α) si ipsi consentire non possint, eorum tutores vel curatores adhibendi sunt. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 10. Carpz. L. 5. Resp. 6. n. 19.* (β) Liberi invitis parentibus recedere nequeunt, nec contra, quin nec conjux invita altera parte, *arg. L. 35. R. J. Hyp. §. f. h.* nisi id in pacto reservatum sit: atque ita judicatum in Tribunali Berolinensi d. 6. Mart. 1723. in causa Wasserholtzin c. die Kinder erster Ehe ihres Mannes Wasserholtz.

§. 7. (III) CAUSÆ COGNITIO, scil. a Magistratu ordinario instituenda, qui accurate examinare debet, anne forte liberis uniendis periculosa sit unio &c. Partes singulæ recensentur apud *Mull. d. th. 66. & Carpz. L. 5. Resp. 6. n. 20. Franzk. L. 2. res. ult. n. 1.* adeo, ut ea deficiente unio ipso jure nulla sit: Atque ita judicatum refert *Carpz. d. Resp. 6. n. 30. & Phil. Us. Pr. Inst. L. 1. Ecl. 74. n. 3. sq.* Cognitionem autem illam a competente judice fieri debere satis constat: *arg. L. f. de Jurisd. Mull. d. l. lit. Q. Dn. Stryk. Us. M. h. § 12. Bardili de Un. prol. th. 11. Bocer. Disp. 12. Clas. 1. th. 3.* Etsi dissentiat *Carpz. L. 5. Resp. 6. n. 16.*

§. 8. (IV) DECRETUM JUDICIS. Hoc ita requiritur in adoptione, *§. 1. de Adopt.* Idque in camera Imperiali adeo necessarium est, ut unio prolis

prolis propter defectum judicialis decreti bis rejecta fuerit. *Gail. L. 2. O. 125. n. 7. & 8. Gilm. tom. 1. Symph. p. 3. V. 2.* Quin praxin contrariam tanquam corruptelam non esse admittendam ait *Gail. d. l. n. 11.* Decreto omisso actum unionis nullum esse pariter asserit *Phil. L. 1. E. 74. n. 3. Carpz. L. 5. Resp. 6. n. 22. Franzk. L. 2. resol. 29. n. 11.* Inprimis cum eadem ratio sit in unione, quæ in adoptione, jura enim patriæ potestatis non privatorum pactis in aliquem transferri possunt. Quin, major videtur ratio in unione, quæ quodammodo propter pactum futuræ successionis improbatur. *Gail. d. l. Carpz. d. Resp. 6. n. 21.*

§. 9. (V) INSINUATIO AD ACTA fieri quoque solet, *arg. L. f. junct. L. 2. in f. C. de Adopt.* Idque in *Ord. Mog. de Unione prolis*, quæ in Camera confirmata est, ita expresse requiritur: *Gail. d. l. n. 8.* eamque sententiam rationibus confirmat *Carpz. d. Resp. 6. n. 23.* quanquam id saltem ad probationem requiri autumet, *Dn. Stryk. U. M. h. §. 11.* Quod verius est.

§. 10. (VI) CITATIO EORUM QUORUM INTEREST, i. e. tutorum & curatorum, si forte impuberes sunt illi qui uniuntur, præterea agnati, (& si forte feuda habeant, dominus quoque) quia eorum interest ratione successionis, utpote quæ mortuo tali filio per unionem juncto, ab intestato ad ipsos perventura est. *Phil. d. l. Franzk. d. l. Mull. d. l. Carpz. d. Resp. 6. n. 17. & 18. Bocer. d. Class. 1. disp. 12. th. 3.*

§. 11. Uno horum requisitorum, si quintum exceperis, deficiente, tota unio nulla est; adeo, ut cognati vel conjuges &c. etiamsi liberi uniti consentiant, & parentum suorum pactum approbent, tamen unionem illam ob defectum solennitatum impugnare possint. Idque (1) Quia in camera omnes hæ solennitates sunt de necessitate. *Gail. d. Obs. 125.* In dubio vero praxin Cameræ sequi tutius est. (2) Quia similis est adoptioni, adeoque eadem requisita observari debent. *Carpz. d. Resp. 6. n. 28. Phil. d. Ecl. 74. n. 2.* (3) Quia jura patriæ potestatis non privatorum pactis, sed certis modis lege determinatis atque definitis constitui possunt ac debent, *arg. §. 3. Inst. de pat. pot. & §. f. de Nupt. ac t. t. de Adopt.* (4) Quia publice interest, ut negotia quæ, liberis inprimis, summum inferre possunt præjudicium, judicialiter & solenniter fiant, sane tutius est, salva causa liberis prospicere, quam ea vulnerata remedium quærere. *Carpz. d. Resp. 6. n. 21. & 28.* Eaque (5) est communis de praxi testantium sententia: *Gail. L. 2. O. 125. n. 8. Phil. Us pr. Inst. L. 1. Ecl. 74. n. 3. ibique Dd.* Sententiam scabinorum Lipsiensium refert *Carpz. d. Resp. 6. n. 30.* Addatur *Bocer. Class. 1. Disp. 12. th. 3. ibique Dd. Besold. Vol. 2. Consil. 29. quæst. 5. Consil. Marpurg. Vol. 1. Cons. 8. n. 1. Franzk. d. resol.*

 29.

29. *n.* 1. Adeo ut nec contraria consuetudo attendenda sit. *Gail. d. l. n.* 11. Cum ergo (6) hæ solennitates, tum autoritate juris Romani, *arg. l.* 4. *C. de Adopt.* tum confirmatione Cameræ, & communi fere praxi, ad formam hujus negotii pertineant, vid. §. *præced.* privati ei renunciare non possunt: Inprimis (7) cum ex aliis juris partibus constet, quam superstitiose solennitates negotiorum ex utilitate publica præscriptæ observari debeant, uti id ex materia testamentorum, stipulationum, emancipationum &c. videre est: Etsi vero (8) cautum sit, ut neglecta forma, quæ in unius favorem introducta est, nihilominus actus valeat, si ille, cujus favore forma illa constituta est, velit: Tamen (9) fallit illa regula in formis negotiorum jure gentium vel jure civili definitis: Nam ita nemo potest pacto efficere, ut testamentum valeat sine solennibus; ut stipulatio fiat inter absentes; ut adoptio fiat sine magistratus autoritate; &c. & sic pariter ut unio valeat sine solennibus. Sed & (10) negamus illas solennitates solorum liberorum conjunctorum gratia constitutas esse, ne illis per unionem damnum contingat: Præcipua ratio est favor publicus, ne jura patriæ potestatis, quæ per hanc unionem acquiruntur, (*Vid.* §. *seq.*) privatorum pactis constituantur; Quin, ipsorum conjugum interest accedere causæ cognitionem, ne forte uxor maritali metu inducta, pactum tale inire compellatur. Denique & (11) deficientibus his requisitis, unio non differret a pacto de jure filii, quod tamen plane aliud quid est. Vid. §. *sq.*

Equidem alia præterea sunt requisita, quæ moribus locorum passim adhiberi solent: Nimirum quod uniendis liberis, ut æqualitas justa observetur, præcipuum aliquod constituatur. *Hyp. Inst. tit. de Adopt.* §. *f. Bocer. d. disp.* 12. *th.* 6. Quod inventarium conficiatur, ex quo appareat, quid aliquando agnatis restitui debeat, *dict. Hyp. §. f. Bocer. d. disp. th.* 5. Sed hæc non ubique, nec semper sunt necessaria, præsertim ultimum, cum jurata specificatio hodie sufficere videatur: Ita nec pater necessario cavet de restituendis filio bonis &c. *Bocer. d. disp. th.* 10.

§. 12. Ita contractæ unionis effectus est *Jus quoddam patriæ potestatis. Eckolt. ff. §.* 12. *h. t.* eoque differt a pacto privato de jure filii, ubi quis promittit se aliquem ut filium observaturum. *l.* 132. *de V. O.* Hoc enim pacto (1) nulla pars patriæ potestatis confertur, quippe quæ privata autoritate constitui non potest. Sed est mera saltem demonstratio jurium, quæ filii habere solent: Ut si quis alii pro mercede easdem operas promitteret, quas vasallus domino, vel libertus patrono præstare solet. Neque ex hoc pacto hæreditas ipsa peti potest, sed agitur tantum ex pacto, vel stipulatu, ad pœnam si quæ, ut solet, promissa est; vel ad id quod interest, contra conventionem factum non fuisse, quasi commissa stipulatione, *d. l.* 132. *vers. in eo autem, ff. de V. O.*

O. Verum unione prolis patria quædam poteſtas, & a parte uxoris, jus quoddam maternum, ac reciproce jus filii conceditur; Unde (2) nec communi conſenſu privato ab unione illa recedi poteſt, ſed accedente demum autoritate magiſtratus, per modum quendam emancipationis; ut iisdem modis finiatur, quibus conſtituitur. *arg. L. 35. R. J.* Quod ſecus eſt in pacto privato de jure filii, a quo communi conſenſu recedi iterum poteſt, *ſ. f. Quib. mod. toll. Obl.* & in his perſonis emancipationem rem ineptam eſſe dicitur *d. l. 132. verſ. In eo autem.* Hinc igitur (3) unione prolis facta, ipſa hæreditas ab inteſtato cum reliquis liberis peti poteſt. *arg. §. 2. de adopt. L. fin. C. Eod.* Præteriri quoque liberi uniti, vel exhæredari non poſſunt: Sed his caſibus, niſi legitima rite relicta ſit, ipſis remedia juris, ut querelæ inofficioſi &c. competent, prout demonſtratur in *d. L. 132. Verſ. ſed videamus. Franzk. Lib. 2. Reſol. ult. n. 6. & 23.* Unde ſequitur (4) ex juſtis, & in *Nov. 115. c. 3.* expreſſis cauſis, unitum exhæredari poſſe, *d. l. 132. verſ. Quid ergo*: Niſi in hunc caſum pœna ſtipulatione promiſſa ſit, quæ tum committitur, *d. l. 132. verſ. quare.* Et hactenus unio plus tribuit liberis, quam adoptio ab extraneo facta, quæ teſtamento plane excludi poteſt. *d. l. p. Bach. d. diſp. 2. th. 11. l. E.* Si autem pactum privatum ſit, hæc omnia ceſſant, *d. l. 132.* ubi dicitur exhæredationem vel emancipationem in extraneo rem ineptam eſſe; ſed ex pacto ſaltem ad id quod intereſt agitur, ut ante dictum.

Quæritur, quia unitæ proli debentur alimenta a parentibus, *Mull. ad Struv. Ex. 3. th. 66. lit. t.* an viciſſim liberi quoque parentes, forte egenos, alere tenentur? Non puto: Cum pactum non ſit reciprocum; ſed uti ratione ſucceſſionis, ita etiam ratione alimentorum ſolis liberis proſpectum eſt, ut illi ſuccedant & alantur, non contra. Accedit ratio adoptionis ab extraneo factæ, quæ ſolis liberis non patri prodeſt.

DISSENT. Poſt *Rick. de Un. prol. c. 8. Bachov. d. diſp. 2. th. 11. lit. E. in fin. Muller. ad d. theſ. 66. l. tt.* Quibus rationibus etiam efficitur, filios hos non acquirere parentibus, nec ad hos bona eorum devolvi. Vid. *tamen §. 13. n. 5.*

Quæritur porro, an parentum conſenſus ad nuptias requiratur? Nec hoc videtur, ad hoc ut ideo nuptiæ nullæ ſint. Ille enim conſenſus non requiritur jure communi, niſi in filiis qui in plena patria poteſtate ſunt. *pr. Inſt. de Nupt.* Tales vero ſunt tantum qui ab aſcendente adoptantur, vel qui, cum ſui juris ſunt, per reſcriptum Principis arrogantur, quales non ſunt uniti liberi, qui magis ſimiles ſunt iis qui ab extraneo adoptantur. Cum igitur jure communi conſenſus parentum, qui extranei ſunt, non requiratur in nuptiis, niſi reſcripto arrogati ſint, moribus hoc mutatum non apparet: Nam ſtatuta locorum

&

& consistoriorum, quibus in genere parentum consensus hodie passim requiritur, de naturalibus liberis loquuntur. *Diss. Muller. d. l. tt.*

§. 13. Tollitur unio prolium (1) deficientibus requisitis *§. 5. & seq.* recensitis, (2) Emancipatione, (3) Exhæredatione ex justa causa facta *§. præced.* (4) per restitutionem in integrum, si justa Læsio probetur. Equidem sunt magni nominis JCti, qui putant in unione non subesse læsionem; *tum* quia causæ cognitio præcedit, *tum* quia cessat restitutio quoties læsio non est tempore contractus, sed a futuro eventu incerto, &, uti hic, a futura successione, pendet. Verum quod *prius* attinet, constat etiam contra decretum judicis restitutionem in integrum dari. *Vid. infr. ad Laut. pag. 345.* Ad *posterius* dicendum, quod omnino tempore contractus læsio jam adesse possit, ut si pater bona sua dissipet &c. & hæc quoque est sententia *Bocer. Class. 1. Disp. 12. th. 23. Mull. ad Struv. Ex. 3. th. 66. l.* Aliter tamen responsum refert *Dn. Berger. Resol. h. t. p. m. 36.* (5) Separatione familiæ, quoad onera: Unde non possunt quidem filii portiones hæreditarias a parentibus vivis petere, sed usumfructum bonorum suorum, quem pater pro alimentis habuit, petere possunt. *Vid. quæst. ad Laut. pag. 257.* Aliter *Dn. Berger. d. l.*

Non vero (6) mutuo dissensu privato. *sup. §. 11. n. 2.* Nec (7) per revocationem propter ingratitudinem, nisi per modum exhæredationis fiat. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 16.* Dissentit *Bocer. Class. 1. Disp. 12. th. 24. & 25.* An (8) morte alterutrius parentum? Ita putant *Muller. d. th. 68.* cum *Besold. ad Jus Wurt. Disp. 3. th. 91.* Quod licet verum sit quoad defunctum ac ejus bona, (*Vid. Disp. Dn. Par. de Clausula rebus sic stantibus c. 4. §. 10.*) non tamen verum est intuitu superstitis parentis, utpote cum quo, & in cujus bonis, unio, ejusque effectus, salvi manent: An (9) tolli potest testamento? Equidem salva manet parentibus facultas testandi, neque ea per hanc unionem impeditur, de quo late *Bocer. d. disp.* 12. *th.* 20. & 21. Conf. *L.* 132. *de V. O. arg. l. 42. ff. Vulg. & pup. subst.* Sed non tamen eo extendi hæc facultas debet, ut ipsa unio tolli, *arg. l. 35. R. J. Dn. Stryk. §.* 13. *h. Mull. d. th. 66. lit. tt.* vel legitima liberis unitis auferri possit; *Cons. Altorf. V.* 1. *R.* 42. *n.* 18. An (10) cessat secuta bonorum divisione? Negatur, quia nec adoptio ea tollitur, nam jus filii tamen manet *d. c. 4. §. 9. d. R. 42. n.* 21.

NOT. An violans pactum unionis puniri possit, *Vid. Cons. Altorf. V. 1. R. 76. n. 4.*

LIB. I. TIT. VIII.

DE RERUM DIVISIONE QUALIT.

Qv. I. *Quot ſint ſpecies juris in re?*

RESP. Omnes ad quatur ſpecies referri poſſe, ut ſint *dominium*, *ſervitus*, *pignus* & *hæreditas*. Equidem natura primæva non videtur eſſe jus in re, niſi DOMINIUM, quo res ipſa, ejusque ſubſtantia noſtra dicitur; id enim eſt, quod occupatione rei, ſi vel nullius ſit, vel voluntate domini tradita, naturaliter acquirimus. *L. 1. §. 1. ff. de adquir. poſſ. §. per tradit. l. 40. de Rer. div.*

Laut. p. 19. verb. Ejus ſpecies.

Hoc dominium facto hominum primum in varias ſpecies abiit. Vel enim *reſtrictum* fuit pactis, ut ſi vel aliis commodetur, vel in uſumfructum detur, quo caſu dominium ſalvum manet, ſed interim ſterile, & omne commodum alterius eſt. Vel *diviſum* in diverſa genera, ita ut plurium aliquod dominium in eadem re eſſe poſſit; uti dominium dotis *civile* mariti, & *naturale* uxoris eſt. *L. 30. C. de Jur. dot.* & dominium *directum* domini, *utile* aliorum eſſe poteſt: uti de ſuperficie id traditur in *l. 73. R. V. l. 1. § 6. de ſuperſ.* Vel *fictum* ex juſta cauſa fuit, quod nondum eſt: uti per Publicianam actionem *tt. de Publ. in rem act.* Quæ proinde dominia omnia ad eandem ſpeciem referri poſſunt, & ſolent.

Præter hoc dominium prout vel natura conſtitutum, vel factis hominum variatum eſt, aliæ ſpecies juris in re regulariter nullæ ſunt: Quia ex omni pacto vel negotio, quod inter dominum, aliumque, de re aliqua initur, tantum jus in perſonam naſcitur, non in rem, etſi traditio ſequuta fuerit; id enim utilius viſum fuit, quam ut ex his negotiis jura poſſeſſionem ſequerentur. *Diſp. Dn. Par. de Pœnit. in contr. c. ult. §. 5.*

Pauciſſima ſunt quæ jurisprudentia Romana excepit, & unde, ſecuta traditione vel quaſi, in rem agi potuit, eoque jus in rem conſtitutum fuit. Uti (1) SERVITUTES cum *reales*, quia prædiis ipſis, ceu eorum qualitates inſunt, eaque ſequuntur. *L. 86. de V. S.* tum *perſonales* quatuor notiſſimæ. *L. 1. ff. de ſervit. tot. tit Inſt. de Uſ. junct. tot. tit. de Uſu & habit. tot. tit. ff de Uſufr. De operis ſervorum, de Uſu & habitatione.* Ultra quas ſi quid utilitatis alicui conceditur, merum jus in perſonam eſt; ut ſi quis concedat, ut pomum

in suo decerpat, spatietur, cœnet &c. *L. 8. §. 2. de servit. L. 33. § 1. de serv. præd. rust.*

His deinde adjectum est (2) a Servio prætore PIGNUS; ex quo antea non nisi actio in personam, ex contractu pignoris, inter creditorem & debitorem orta fuit. *tot. tit ff. de pignorat. act.* Servius autem creditori præterea dedit actionem in omnes possessores, & realem, quæ inde Serviana dicta, & sic jus in re quoque constitutum fuit. *§. 7. de action.* Neque id solum cavit prætor; sed & si pacto nudo res alicui obligata solum esset, duo prætor edicto constituit; *Alterum*, ut ex pacto illo actio daretur creditori contra debitorem, quod proinde pactum legitimum est, unde actio personalis oritur; *L. 17. §. 2. pact. Vid. quæst. ad Laut. pag. 46. Alterum*, ut itidem creditor jus quoque agendi adversus possessores, eoque jus in re haberet, quod ex ipsa potestate edicti nascitur; *L 18. C. Pign. L. 66. pr. Evict. d. §. 6.* Ex quo proinde & PIGNUS, & HYPOTHECA quoque species juris in re constituuntur, *d. §. 7.*

Sed & (3) Ex omnium jurium complexu formatum quoque est jus quoddam universale, scil. *HÆREDITAS:* Quod pro jure in re habitum, actioque inde in rem, petitio scil. hæreditatis data est, etsi jura quoque ad rem comprehensa, eoque illa actio mixta fit. *L. 7. C. pet. hær.* Similis quidem complexus omnium jurium est universitas patrimonii, *L. 1. Usufr. ear. rer. L. 15. §. 15. Excus. tut. Dn. Par. in Disp de Oblig. hæred. ex del. Sect. 1. §. 2.* item peculium *L. 5. §. 3. L. 39 pecul. L. 20. §. 10. hæred. pet. Laut. tit. de Pecul. in pr. &c.* Sed nulla actio in rem prodita est, qua peti illa universitas tanquam res una possit, sed singulæ res petuntur vel ratione singularum agitur; Nec adeo jure in unius rei formam ita coaluit, ut aliqua pro ipsa universitate actio detur, non magis quam si quis omnia bona vel prædia vendat, ubi tot sunt contractus, quod res. Sed & *dos*, si in eam omnia bona veniunt, quædam jurium universitas, quin & actio dotis inde constituta est, verum ea non in rem sed in personam est; & hodie ex stipulatu agitur. *tt. C. Rei Uxor. act. §. 29. Inst. de act.* Aliæ ergo species juris in re nullibi apparent, sed ad prædictas quatuor species omnia referri debent, & possunt. De possessione *Vid. quæst. seq.*

Atque has quatuor jurium in re species textibus juris adstruit *Huber. L. 4. digress c. 6. & 7.* & *Schwend. ad Eckolt. ff. h. §. 2.* Varie tamen dissentiunt Dd. Alii enim unam tantum speciem faciunt, sc. *dominium*, uti *Born. in disp. de Jure in re.* Alii quintam addunt, scil. *possessionem vid. quæst. seq.* Alii sextam adjiciunt, nimirum *dotem. Feltman de Jure in re c. 19.*

Quantum vero intersit, etiam moribus, an jus aliquod sit in re, an in personam, apparet ex differentiis utriusque juris apud *Muller. ad Struv.*

Exerc.

Exerc. 3. th. 89. Conf. erudita *disputatio Dn. Berger. de different. jur. perf. & rer.* Add. *quæst. 3.*

Qv. II. *An Possessio sit species juris in re?*

NEG. Quia (1) tota possessio sua natura facti est, & in facto consistit. *L. 1. §. 3. & 4. L. 3. §. 5. L. 29. Acquir. poss. L. 12. §. 2. in f. de Capt. & postl. L. 19. Ex quib. caus. maj. L. 44. de Acquir. poss.* Unde ad nullam juris speciem referri, & nec sub jure in re nec sub jure ad rem contineri potest. Nam (2) jus & factum perpetuo invicem opponuntur in *tt. ff. de Jur. & fact. ignor. L. 9. pr. Eod. Dn. Par. Disp. de Jure & facto*, & perpetuo possessorium a petitorio distinguitur *Dn Par. in Disp. de Cumul. &c. §. 7. & 10.* Species autem oppositæ sub invicem non comprehenduntur. Hinc (3) præmittenda est divisio in *Jus* & *factum*; & tum *juris* duæ species sequuntur, in rem scil. & in personam, seu ad rem: A quibus proinde alteram, scil *factum*, toto genere distinguitur, & in perpetuum separatur. Inde (4) possessio esse potest sine omni jure, quin ubi mera injuria est; ita fur, *m. f.* possessor, & prædo plenissime possident: *L. 2. ff. uti possid.* Habentque interdictum recuperandæ possessionis, *L. 1. §. f. eod.* Cum tamen constet, horum possessionem esse meram injuriam, nec ad ullam juris speciem pertinere. Idque (5) expresse additur in *d. l. 2. Justa enim an injusta possessio sit, nihil refert: Qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est plus juris habet, quam ille qui non possidet.* Id quod totidem verbis repetitur in *L. 3 §. 5. Acquir. poss.* Quin (6) possessio ex delicto quoque & violenta possessione acquiritur, quo casu possessio non erit jus in re, sed potius ad rem, quippe ex delicto. Idque (7) prolixe quoque demonstravit *Dn. Par. in Disp. de Jur. ejus quod fact. & in Disp. de Cumul. pet. & poss. § 8. & 9.* & fatentur ipsi adversarii. *Struv. Ex. 42. §. 4.*

Laut. p. 19 verb. possessio.

Duo vero hic notanda sunt. I. Quod duplex possessio intelligi possit; *altera* qualis per se & sua natura est, de qua hic agitur, & quæ facti est; *altera*, quæ justa est, quam v. g. dominus, hæres, fructuarius, creditor &c. habent; *L. 10. C. Adquir. poss.* Verum nec hæc *possessio justa* quintam facit juris in re speciem, sed semper continetur sub aliqua quatuor reliquarum specierum; Ita *possessio* domini, jus est non qua possessio, sed propter conjunctum dominium; adeoque *quatenus* spectatur in se, seu abstrahendo a dominio, nudi facti est, non species juris, *quatenus* vero ut dominio cohærens, tum non *possessio*, sed dominium est jus in re. Atque ita omnes possessiones justæ necessario pertinent ad 4. illas species juris in re, nec extra illas aliqua species justæ possessionis relinquitur, quæ quintam faciat.

II. Ipsa quoque possessio per se spectata, etsi sua natura nudum factum sit, tamen, cum nemo vi privata eam alii eripere possit, necessario interim defenditur, donec de jure appareat; *L. 5. §. 1. ff. ad Leg. jul. de vi publ.* Defenditur igitur interim ad instar juris, atque in id quoque remedia juris constituta sunt. *L. 1. §. 1. & 2. superf.* Et hoc ergo possessio mutuari ex jure dicitur, in *L. 49. pr. Adquir. poss.* ibi: *cum &c. & plurimum possessio ex jure mutuetur*, ut quemadmodum jura in perpetuum, ita & possessio interim donec de jure constet, peculiaribus remediis defendatur. *Disp. Dn. Par. de jure ejus quod fact. Sect. 3. §. 4. sq. Dict. Disp. de Cumul. pet. & poss. §. 12.*

Hinc (1) non OBST. omnes illi textus, ubi vel justæ possessionis, ut in *L. 1. §. f. & l. 2. uti possid. L. 3. §. 5. Adquir. poss.* vel juris possessionis mentio fit, ut in *L. 44. ff. de adquir. poss. L. 5. in f. C. de liberal. caus. L. 3. §. 1. bon. poss. L. 2. §. 38. ne quid in loc. L. 5. §. 1. ad Leg. jul. de vi publ.* Nam justa possessio dicitur propter conjunctum titulum juris, *vid. Not. 1.* Idem de reliquis quoque textibus dicendum, nam *d. l. 44. & d. l. 5.* agunt de possessione quæ dominio & *d. L. 3. §. 1.* quæ hæreditati prætoriæ conjuncta est; in illis jus dominii est, in his jus hæreditarium: Ita interdictum ex *d. l. 2.* datur contra eum qui *jure possessionis* fruitur, i. e. ad quem possessio operis ex causa aliqua juris devoluta est, uti id ita explicatur *ibid.* Denique in *d. l. 5. §. 1.* non dicitur, quod possessio juris sit, sed quod de possessionis jure cognosci debeat, quia in *Not. 2.* dictum est, quod factum possessionis interim defendatur, donec de jure possidendi constet.

OBJ. (2) Quod remedia juris dentur ex possessione, scil. interdicta, remedia autem juris tantum oriuntur vel ex jure in re vel ad rem. *§. 1. Inst. de Act.*

RESP. Remedia dantur pro possessione ad instar juris, ut nimirum interim donec de jure appareat, tanquam jus defendatur, & hoc est quod possessio mutuatur ex jure *L. 49. de Adquir. poss. Struv. in Evol. ad Ex. 42. th. 4.* Neque hæc remedia solum ex jure in re, sed & ex jure ad rem oriuntur, si nimirum interdicta ex delicto, scil. unde vi &c. dantur, hæc enim tantum contra personam dantur, instar actionum personalium ex delicto: Sed & hæc remedia tantum obtinent, donec de jure possessionis cognita causa fuerit.

OBJ. (3) *L. 3. §. 12. ad Exhib.* ubi actio ad exhibendum etiam ratione possessionis datur, quæ tamen, quia est in rem scripta datur contra quemcunque possessorem, quin præparatoria est actionum, quibus de jure agitur: *L. 1. l. 3. sq. ff. ad Exhib.*

RESP. Illa actio datur omnibus quorum aliquid exhiberi interest, *L. 3. §. 9. 10. Eod.* sive ratione juris, sive ratione possessionis (nam & hujus respectu omnino interest *§. 4. Inst. de Interd.*) Unde si mea interest possessionem mihi exhi-

exhiberi, hac actione contra quemcunque possessorem agere possum, ut possessio exhibeatur: Et tunc etiam præparatoria est interdictorum, (quippe quæ instar juris intentantur). Nam re exhibita apparet, an interdicto locus sit.

OBJ. (4) *L. 13. §. 1. C. de Jud.* ubi possessio videtur recenseri inter jura in re.

RESP. Ibi non species juris in re recensentur, sed promiscue recensentur causæ, ex quibus lites esse possunt: quas & ex possessione esse posse jam dictum est.

OBJ. (5) *L. 10. C. Acquir. poss.* ubi expresse possessio alia dicitur juris esse, alia vero quæ corpore consistit.

RESP. Neutra facit quintam juris speciem; nam possessio, quæ tantum facti seu corporis est, ad nullam speciem juris, altera ad ejus juris speciem pertinet cui conjuncta est; scil. ad aliquam quatuor jurium in re speciem, & sub ea continetur, eaque remota vel abstracta, non nisi facti est. Cum jure autem ad rem regulariter conjuncta non est, quia illud in personam non in rem competit; sed defendi potest ex causa juris ad rem si talis sit tuendæ possessionis causa, v. gr. delictum, seu vis adversarii. Sed & verba *juris esse* hic non inferunt speciem juris, sed quod possessio jure conservetur, & quod jure pro possessione habeatur, etsi corporaliter quis non possideat.

OBJ. (6) Quod possessio liberet a satisdatione, quod falsum esset, si nullum jus in re in ea haberet:

RESP. Id beneficium non competit nudæ possessioni quæ facti est, quin ne omni quidem possessori juris, uti creditori, fructuario &c. *l. 15. §. 1. & 2. Qui satisd. cog.* Sed tantum domino vel qui jus dominio simile habent. *Dn. Par. disp. de cumul. pet. §. 10.*

OBJ. (7) Quod possessor reali actione conveniri possit, & ratione rei forum sortiatur in loco rei sitæ:

RESP. Hoc non est ex aliquo jure in re possessoris, sed *illud* ex jure actoris, qui jure dominii rem a quocunque detentore vindicare potest, *l. 9. ff. R. V. Hoc* ex jure Magistratus, qui jus imperii & jurisdictionis in res omnes territorii sui habet, competit. Possessor autem tenetur restituere non ex jure, sed ex juris negatione: non quia jus habet, sed quia nullum habet, quæ sunt verba *Dn. Par. d. disp. §. 11.*

Hanc sententiam nostram prolixe quoque tuetur *Huber. ad Tit. Inst. de interd. n. 2. per tot. n. 7. & n. 10.* Item *in Lib. 4. Digress. c. 10.* etsi Dd. communiter dissentiant. *Laut. pag. 19. Struv. h. t. th. 88. ibique Evol. Dn. Schwend.*

ad Eckolt. ff. h. t. §. 2. Effectus hujus rei insignes hi sunt: Quod, cum possessio facti sit, etiam (1) a servo qui jurium capax non est, plenissime haberi possit. *L. 1. §. 5. L. 34. §. f. L. 44. §. 1. Acqui. poss.* Quin (2) infans quoque possessionem acquirit autoritate tutorum. *L. 1. § 3. L. 32. § 2. Adquir. poss.* & furiosus quoque possidet. *d. L. 1. §. 3.* (3) Pater eam potest stipulari filio, licet in acquisitionibus jurium sint una persona, *sup. L. 1. tit. 6. q. 19.* (4) Remedia quæ pro possessione dantur, i. e. interdicta, nunquam infamant &c. *L. 13. de vi & vi arm.*

Qv. III. *An jus in re firmius sit quam jus ad rem?*

Laut. p. 19. verb. *Hoc jus fortius.*

AFF. Nam qui jus *in re* habet, rei insistit, illamque a quocunque possessore vindicare potest, *arg. l. 2. de pollic. L. 23. princ. ff de R. V. L. 17. de pign. &c.* qui jus *ad rem* habet, tantum personam sibi obligat, in re ipsa vero nullum jus acquirit, *L. 3 pr. ff. Obl. & act. L. 2. pr. de pollic.* Hinc insignes oriuntur effectus: Nam (1) si dominus prædii mihi locavit fundum, quem mox alii vendit, emtor me, conductorem, expellere posset: quia tanquam dominus de re sua disponere potest: nec mihi facit injuriam, nam ipse non locavit, neque ego jus in re ipsa habeo, sed saltem personalem actionem, contra locatorem, ut ipse præstet id quod interest. Hinc in praxi adeo decantata est illa regula, Kauff geht vor Miethe, quam præjudiciis quoque confirmant *Carpz. p. 2. Const. 37. def. 5. Phil. L. 3. E. 77. n. 5. & sq.*

(2) Si dominus aliquis prædii ita mecum transigit, ut in me dominium transferat reservata sibi habitatione ad dies vitæ; hoc casu ego, tanquam dominus, hunc inquilinum expellere possum, quia de re mea dispono, neque conductor jus aliquod in re habet, cui inhærere aut insistere posset; sed saltem exceptio doli ei datur *L. 73. ff. Evict.* vel ex pacto transactionis agit contra me ad id quod interest, *L. 6. C. de Transact.* vel ad rescindendam totam transactionem. *L. 14. C. eod.* Atque ita facultas Viadrina respondit ad requisitionem regiminis Guelpherbyt. An. 1703. d. 14. Decembr.

Qv. IV. (α) *Quid sit jus ad rem*, (β) *cui inhæreat*, & (γ) *ad quod objectum juris referendum sit?*

Laut. p. 19. verb. *jus ad rem.*

RESP. ad (α) Jus ad rem esse jus quod personæ competit in personam ad aliquid dandum sive faciendum: Atque ita definitur in §. *1. Inst. de act. L. 25. de Oblig. & Act. L. 3. Eod. L. 2. de pollic. Struv. Exerc. 3. th. ult. ibique evol.*

Rectius

Rectius vero jus in personam dicitur, *Huber. L. 4. digress. c. 4. Muller. ad Struv. Ex. 3. thes. 89.* Atque ex quatuor itidem causis regulariter nascitur, *contractu* vel *quasi* & *delicto* vel *quasi;* Quibus tamen, cum omnes causæ comprehendi non possunt recte, & quasi in subsidium, additur, *ex variis causarum figuris*, *L. 1. de Oblig. & Act.*

Resp. Ad (β) Notissima equidem hæc superiorum annorum inter viros doctissimos est controversia, quorum alii obligationem creditoris, alii debitoris personæ inhærere asseruerunt, cum tamen non videatur res dubitationem admittere; Etenim jus ad rem relatio est inter personam debitoris & creditoris, & proinde *utriusque* personæ inhæret: *Creditoris*, cui jus hoc & obligatio competit, *active; Debitoris*, in quem competit illud jus, *passive:* Hinc obligatio recte definitur esse vinculum juris, quo debitor creditori ita adstringitur, ut huic agendi facultas, & illi præstandi necessitas incumbat. §. *1. Inst. de Oblig.* De hac controversia, quæ superioribus annis vehementer agitata publice fuit inter Huberum & Feltmannum, Vide *Hub. animadv. ad jus in re & ad rem c. 13.*

Resp. Ad (γ) Nemo quidem, quod sciam, dubitavit, quin jus ad rem, sive obligatio, ad alterum objectum, *jus rerum* scil. pertineat. Primus Hermannus Vultejus, JCtus celebratissimus, ad *jus personarum* retulit, quem magno conatu secutus est *Anton. Matthæi* pater, & Tribonianum errore deceptum fuisse docuit in *Disp. ad Inst. tit. Rer. div.* §. *2. & in Colleg. Fundam. Jur. Disp. 18. th 2.* Et videri posset hæc sententia eo probabilior, quia ipsum jus personarum, quod jure Romano statuitur, in rem videtur, cum actiones præjudiciales, quæ pro eo dantur, in rem esse dicantur §. *13. de act.* adeoque præter illud jus ad rem nihil quod ad jus personarum referri posset superesse videtur.

Verum decepti sunt Viri præclarissimi sono verborum, & confuderunt *jus personarum* cum *jure rerum ad personas restrictum. Jus personarum* dicitur cujus subjectum est sola persona ejusque status; *Jus ad rem* vero, cujus subjectum est res quam alter alteri debet, & ideo dicitur jus hoc in personam competere, quia certa tantum persona obligata, non vero promiscue a possessore exigi potest. Hinc ratio apparet, cur actiones præjudiciales, quibus tantum agitur de persona, ejusque statu, in rem dicantur: Quia scil. status ille non asseritur tantum contra certam personam, sed contra quemlibet possessorem personæ. Per *jus personarum* igitur sola persona ejusque status vindicatur, per *jus in personam* seu ad rem res exigitur, sed a certa persona. Quod multo luculentius apparet, si rationem juris Gentium intueamur, de qua *Dn. Par. in pos. 8. Jur. Gent. & Disp. de Pœnitent. in contr. c. ult.* §. *5.*

Hinc

Hine ergo nihil *obstat* ratio *Matthæi*; *Obligationem occupatam esse non in rebus obligandis, sed personis, seu versari non circa res, sed personas obligandas*: Nam versatur circa personas obligandas ad id, ut hæ rem præstent. Jura autem personarum & rerum differunt *objecto* quod petitur & præstandum est, non *personis* quæ petunt & præstant: Omnia jura personæ petunt & præstant, adeoque ea parte non differunt, sed per *jus personarum* persona petitur & præstatur, dum personæ status vindicatur: Inspiciendum igitur in hac differentia, non cui, aut a quo, sed quid præstandum. Atque hinc in juribus *ad rem* etiam res obligata dici potest, quia persona rem debet.

Qv. V. *An etiam in violatores portarum & murorum civitatis municipalis pœna capitalis sit constituta, & quid hodie?*

Laut. p. 20. verb. porta & muri.

Prius AFFIRMATUR, tum quia hæ quoque res sanctæ dicuntur in *L. 8. §. f. h* tum quia ratio pœnæ capitalis generalis est, in *L. f. h. t. Nam cives Romanos alia quam per portas egredi non licet, cum illud hostile & abominandum sit:* Modo muri sint tam validi, ut hostibus repellendis, non vero tantum ut quædam sepes adversus prædonum, furum, aggressorum, bestiarum &c. pericula facti videantur. Quarum rerum causa etiam pagi & vici sæpe muro cinguntur, in quibus ratio hostilis omnis plane cessat. Neque præcise opus est, ut id animo hostili fiat, nam idem est, si malitiose & ex petulantia muri violentur, exemplo Remi in *d. l. f.*

Atque hæc prohibitio generalis nec hodie sublata est. Pœnam vero quod attinet, hodie arbitrariam esse, & vel relegationem vel mulctam &c. dictari solere, communi ore statuunt Dd. *Dn. Par. Hyp. Inst. §. 15. h. Brunn. ad d. l. Berl. p. 1. dec. 70. Beat. p. 4. de Crim. t. 55. c. 3. Grœnweg. de Leg. Abrog. §. 10. h. Phil. Us. pr. Inst. L. 2. Ecl. 2. n. 8. Clar. quæst. 68. n. 29. Farinac. quæst. 20. n. 146. seq. lib. 1.* Adeo ut ad mortem quoque extendi possit, *Grœnw. d. l. Giseb. Just. Harm. ad §. 10. Inst. h. n. 535. & sq. Stryk. U. M. h. §. 6.*

Si vero violatio fit animo hostili, pœna hodieque semper est capitalis, quam in rem plurima statuta colligit *Giseb. d. n. 542. Vid. Autores a Laut. allegat. Dn. Stryk. ad §. 6. Carpz. p. 1. prax. Crim. q. 40. n. 24. Phil. Us. Pr. Inst. L. 2. Ecl. 2. n. 6.* Conf. *Giseb. d. l. n. 530. Carpz. pr. Crim. p. 1. t. 41. n. 20. qu. 2.*

Qv. VI. *An res communes sint, quarum usus jure gentium omnibus patet, proprietas nullius est?*

Dissent. Laut. p. 20. verb. Communes.

NEGATUR. Sed res communes sunt, quæ omnibus hominibus competunt (1) per *L. 2. ff. de R. D. & pr. Inst. eod.* ubi communia describuntur, quæ omni-

omnibus communia sunt. Et (2) contradictio est rem communem omnibus, & nullius esse, & quæ major pugna, quam nullius & omnium esse; Quatenus igitur res communis est omnium, non potest nullius dici. Sed & (3) absurdissimum videtur, res communes definiri, quarum proprietas non est communis, sed nullius; atque ita excludere a rebus communibus eas, quarum proprietas ipsa communis est, ut in aere &c. §. 1. *Inst. h. t.* Quin (4) res quoad *usum* communes dari possunt, quarum *proprietas* est publica, ut in mari occupato, *L. 24. pr. damn. inf.* vel privata, ut in ripa *§. 4. Inst. h.*

Obj. §. 5. *Inst. h. t.* ubi mare dicitur commune, cum tamen proprietas ejus dicatur esse nullius in *d. §. 5.* Conf. *pr. Inst. Eod.* & *L. 2. §. 1. ff. eod.*

Resp. Pro hujus difficultatis explicatione notandum est, quod QUÆDAM res sint, in quibus substantia rei & usus separari possunt, ita enim aliud est prædii fructus, aliud substantia, quæ separatis fructibus perinde salva est, uti fuit iis nondum natis: Sic aliud est *usus ovis*, qui consistit in lacte, lana, fimo, fœtu &c. aliud *proprietas & substantia*, quæ consistit in corpore & carne. Sic in *mari* illud est *usus* ejus qui in navigando & piscando consistit, aliud ejus *proprietas* quæ est corpus illud, quod consistit in alveo, littoribus & aqua marina, *§. 5. Inst. h.* QUÆDAM vero res sunt, in quibus usus non potest a substantia separari, sed ubi per usum necessario ipsa substantia perit, atque consumitur; & hinc in abusu consistere dicuntur *§. 2. de Usufr.* Ita *aëris* usus consistit in hauriendo; adeoque ipsa substantiæ consumtione, & qui *lumine* utitur, ipsam percipit luminis substantiam; idem de *vento*, *aqua profluente* &c. dicendum, *Hyp. Inst. de Rer. div. §. 5.*

Effectus hujus distinctionis egregii sunt: Nam (1) in *illis* rebus alius potest usum habere, alius rei substantiam; in *his* vero ille qui usum habet, ipsam substantiam percipit. Hinc (2) jam est, quod in mari aliquis proprietatem occupare, usus vero aliis & omnibus gentibus communis esse possit: E contrario, nemo potest aeris proprietatem retinere, & usum aliis concedere atque permittere: Hinc porro & (3) *Usus* quarundam rerum aliquando potest esse communis, *proprietas* vero vel nullius, vel publica, vel etiam privata.

Atque ita facilis est responsio ad *d. §. 5.* nam licet in §. 1. Mare simpliciter commune esse dicatur: id tamen de solo usu verum esse ipse Imperator, in *d. §. 5.* asserit; ubi proprietatem nullius esse ait, hinc ergo non totum mare est commune, sed solus *usus* maris, proprietas vero ejus est vel nullius, *d. §. 5.* vel publica, *L. 24. pr. damn. inf.* de quo plenius *inf. quæst. 8.*

Qv. VII. *An res publicæ sint, quarum usus patet omnibus, proprietas vero aliis est quæsita?*

Laut. p. 20. verb. publica in specie.

NEG. Sed publicæ res sunt quæ ad populum pertinent, per *L. 14. pr. ff. A. R. D. verb. in Patrimonio populi.* Similisque hic contradictio superiori est, rem esse publicam, & tamen proprietatem privatis quæsitam. Si proprietas privatorum est, non tota res, sed solus usus publicus est. Eadem quoque est absurditas, excludi ita a publicis rebus, quæ & usu & proprietate publicæ sunt, ut ærarium &c. Omnisque hic error manavit ab omissa distinctione rerum, quarum usus a substantia separari potest, vel non potest.

OBST. *§. 5. Inst. l. 5. p. h. t. &c.* ubi res publicæ dicuntur, quarum usus omnibus patet.

RESP. PUBLICAE duplici sensu dicuntur, vel JURE GENTIUM, & tunc intelliguntur res communes, neque ab his distinguuntur, idque probatur (1) ex §. 4. *Inst. & l. 5. pr. h.* ubi riparum usus dicitur esse publicus Gentium, indeque cuilibet liberum esse, naves alligare, retia exsiccare &c. quæ tamen sunt jura omnibus hominibus communia, §. *4. Inst. h. l. 24. pr. damn. inf.* Idem (2) de littoribus dicitur, quod publicus sit eorum usus jure gentium §. *5. Inst. h.* cum tamen alibi eorundem littorum usus dicatur communis, *l. 4. pr. & l. 5. ff. 1. h.* (3) Maris quoque usus dicitur esse publicus jure gentium *d.* §. *5.* ast præcedenti quæstione maris usum esse communem evicimus. (4) Ita cum flumina in §. *2. Inst. h.* quoad usum publica dicuntur, intelligendum id est de fluminibus publicis jure gentium sive communibus, quod patet ex subjecto exemplo, ait enim JCtus, & *ideo jus piscandi omnibus commune esse.* Quin quod in §. *2.* dicitur publicum, in §. *4. eod.* dicitur quoad usum commune. *Vide l. 3. de flum.* Vel PUBLICAE IN SPECIE, quæ scil. ad certum populum pertinent, *L. 14. pr. A. R. D. l. 15. V. S.* & huc pertinet proprietas fluminum & marium occupatorum, *L. 10. ff. h.* item littorum ac portuum, *L. 24. pr. damn. inf. L. 13. ff. 7. de injur. d. l. 14.* Nunquam vero usus eorum, quippe qui semper jure gentium publicus, i. e. communis est.

Differentia hæc nervose continetur in *L. 14. pr. A. R. D. Nam littora PUBLICA non ita sunt, UT EA quæ in patrimonio populi, sed UT EA, quæ primum a natura prodita sunt, & in nullius dominium adhuc pervenerunt.*

Qv. VIII. *An mare sit res communis, & an occupari possit?*

Laut. p. 20. verb. Mare.

Præmittendum est, quod mare talis res sit, cujus usus a substantia separari potest: SUBSTANTIA enim maris, ut dictum *quæst. 5.* consistit in littoribus, alveo, atque aqua marina. *Dn. Par. in Hyp. Inst. §. 10. h.* USUS vero

maris consistit in utilitate quæ inde redundat. Isque est vel MARI PROPRIUS, scil. ad quem natura mare & littora, item flumina, & ripas condidit, quo pertinet navigatio, etiam armata classium, & piscatio, *L. 4. pr. h. l. 15. pr. eod.* omniaque, sine quo hæc exerceri non possunt, ut casam ponere, appellere ad littus, naves alligare, retia exsiccare, salia coquere &c. *d. l. 5. pr. & §. 1.* vel ALIIS REBUS COMMUNIS, uti cæteri usus, cum quid e terra oritur, vel terræ imponitur, scil. fructus in littoribus & ripis; insulæ in alveo natæ; Ædificium ponere, pilas in mare jactare &c. *l. 4. pr. h. l. 14. pr. l. 50. pr. A. R. D. l. 1. §. 18. Nov. op. nunc.* Gemmas, uniones, aliaque legere, *L. 3. ff. h. t.*

Hac differentia posita dicimus, (1) Mare & littus quoad SUBSTANTIAM seu proprietatem esse *nullius*, atque ad neminem pertinere: *§. 5. Inst. h. Proprietas autem eorum* i. e. littorum *potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse cujus & mare &c.* Unde jam sequitur, mare hactenus occupari posse, ac in unius redigi dominium, quia nullius est; Occupatione facta proprietas erit publica, & ad populum occupantem pertinebit. *L. 3. pr. ne quid in loc. publ. L. 14. pr. A. R. D. L. pen. h.* Idque videmus inter gentes ita observari, & vix dari hodie maria cognita, quorum dominium non occupatum dicatur, *Grot. L. 2. c. 3. §. 13. ibid. Not. & Tesm. ad Grot. 2. 3. §. 9. & L. 2. c. 2. §. 3.* Quoad USUM vero *Mari proprium*, & jure gentium communem, mare & littus est *commune*, atque ad omnes homines pertinet, *per text. express. in L. 3. §. 1. ne quid in loc. ibi: Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris &c. & §. 5. Inst. h. littorum quoque usus publicus est & juris Gentium, sicut & ipsius maris:* Ex quibus proinde explicandum est, quod in genere traditur in *L. 2. §. 1. ff. & §. 1. Inst. h.*

Hinc omnibus hominibus liberum est piscari, *§. 2. Inst. h. L. 4. pr. ff. h.* ideoque cum in *l. 13. §. 7. de injur.* generaliter dicitur, quod *mare commune sit omnium hominum*, statim subjicitur, quoad piscationem, *d. l. 3.* Casam in littoribus ponere cuique licet, *l. 5. §. 1. h.* ut & retia siccare. *d. l. 5. pr. h.*

Idemque est in fluminibus & ripis, quæ quoad usum nihil differunt a mari & in littoribus, & in utroque usus recte dicitur jure gentium publicus, i. e. communis omnium esse. *§. 4. & 5. Inst. h. t.*

Reliqui vero *Usus* non sunt communes, sed sequuntur proprietatem: Hine non licet ædificium habitandi causa exstruere in littore, nisi consensu Principis, vel populi occupantis, cui soli id licitum est: *L. 14. pr. L. 50. pr. A. R. D. L. 1. §. 18. Nov. op. nunc.* Idque nervose cum sua ratione tradit JCtus in *l. 4. pr. h. dum tamen villis & ædificiis & monumentis abstineatur, NB. quia non sunt juris gentium sicut & mare.* Ita fructus in littoribus nati non perti-

nent ad usum juris gentium communem, sed cedunt proprietario, *arg. l. 4. pr. in f. h. t.* Hinc (2) patet, occupata PROPRIETATE maris, semper tamen salvum manere USUM *Juris gentium* communem omnibus hominibus: Sic enim non tantum ipsa praxis docet, navigationes & piscationes ubique locorum etiam per maria occupata institui; sed & expresse in jure cavetur, quod proprietarii maris nihil, quo usus gentium communis deterior redderetur, vel impediretur, facere possint, *L. 2. §. 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. publ. L. 24. pr. damn. inf. L. 1. pr. de flum.* quod egregie explicatur in *L. 50. pr. A. R. D.* Sic hodieque Belgæ post diuturnum bellum jus piscandi exercent in mari Britannico, etsi id ab Anglis occupatum sit, eorumque dominium Belgæ per submissionem velorum agnoscant: quam in rem vide famosa illa scripta *Grotii & Seldeni de Mari libero & clauso.*

Hoc modo conciliantur omnes textus, qui doctoribus inextricabiles visi sunt. Atque hæc doctrina juris Romani quam egregie conveniat rationi naturali, mira soliditate docet *Dn. Par. in Lect. Grot. ad L. 2. c. 3. §. 8. seq.* Quo ipso simul apparet, quantopere duo illi incomparabiles viri, *Grotius & Seldenus* a vera sententia aberraverint, quorum *ille* mare esse commune & liberum, indeque occupari non posse asseruit: *Hic* e contrario mare esse rem nullius, indeque occupari posse, ac totum cedere acquirenti, publice defendit; Cum distinctione debuisse expediri quo casu nec ratio dubitandi superest. *Illius* enim sententia vera est ratione usus, *hujus*, ratione proprietatis.

Hinc (1) non pugnant textus, ubi mare simpliciter dicitur nullius esse, *§. 5. Inst. h. l. 14. pr. A. R. D.* cum textibus, ubi mare simpliciter dicitur commune: *§. 3. Inst. h. t.* Nam explicantur illi in *§. 4. & 5. Inst. h. t.* ubi inter *usum* & *proprietatem* distinguitur.

OBJ. (2) quod multa ad usum maris pertineant, quæ tamen non sunt communia omnium hominum, uti gemmas legere, ædificia exstruere &c. Vid. *L. 4. pr. h. t.*

RESP. Hæc non pertinent ad *usum maris proprium*, qui solus jure gentium communis est, uti ratio hæc allegatur *d. l. 4.* Ad illum enim usum tantum referuntur, tum ea, quæ dividi & natura occupari non possunt, tum quæ omnibus necessaria, & inexhausta sunt: Quod egregie Elisabetha reponit Mendozæ Hispaniæ legato querenti de navigatione Anglorum per mare indicum. *Nec jus in oceanum populo, aut privato cuipiam competere posse, cum nec natura, nec usus publici ratio occupationem permittat: Camd. p. 2. pag. 388.*

OBJ. (3) Quod, posito usum maris esse communem, unus populus alterum prohibere posset, quia in communi causa melior est conditio prohibentis.

RESP.

RESP. Verum hoc eſt *Re* ipſa communi, in qua alter altero invito novi quid conſtituere ac diſponere intendit; ſecus vero eſt in *uſu* communi, eum enim alter alteri auferre aut impedire nequit: Atque ita ſi ſervitus, ſi ſepulcrum, ſi paſcua &c. communia ſunt, utentem pro modo rei alter impedire nequit, Conf. *L. 7. ff. diverſ. præſcr.*

OBJ. (4) Quod vectigalia transeuntibus imponi ſoleant, quod fieri non poſſet, ſi jure ſuo gentium communi tranſire poſſent: Sed bene

RESPONDET *Grotius L. 2. c. 3. §. 14.* hoc a Principe imponi, pro onere tuendæ navigationis, juvandæque per ignes nocturnos defendendæque contra Piratas, aliorumque injuriam. *Dn. Par. in Diſp. de Iuſt. Regn. Port. pag. 52.*

OBST. (5) Omnia illa exempla, ubi gentibus piſcatio & navigatio fuit denegata, quæ late refert *Selden. de mari clauſo.*

RESP. Non quæritur, quid potiſſimæ gentes faciant, ſed quid ex ratione juris facere debeant; Accedit, quod pactis fœderibusque quidam excludi ab uſu maris poſſint, uti late ejusmodi exempla refert *Grotius L. 2. c. 3. §. 15. ibique Tesm.*

Quanquam ſi de jure quæratur, diſtinguendum omnino ſit inter *navigationem & piſcationem: Navigatio* enim inſtar tranſitus innoxii eſt, eademque ratione nititur, nec ulla ratione impediri jure poteſt. At *piſcationis* alia ratio eſt; *primum* enim illa aliquod in mari vel flumine ſpatium occupat, intra quod uſus piſcandi exercetur, & poſitis inſtrumentis operibusque juvari ſolet. Quoad usque igitur unus ita intra hoc ſpatium piſcatur, alius eodem ſpatio ad piſcandum uti nequit: Idque ex natura hujus uſus juris gentium, quia duo ſimul in eodem loco ſtare vel agere non poſſunt: Uti cum iter commune eſt alter, non poteſt eadem veſtigia eodem tempore occupare, quibus alter inſiſtit: Et ſi unus in littore caſam jure communis uſus gentium poſuit, alter eodem loco ponere ſimul nequit. Idque ex hoc ipſo ſequitur, quod uſus ille communis ſit omnium, unde nemo in eo uſu impediri poteſt: Impediretur autem, ſi dum ipſe utitur, alius eodem ſpatio utendo eum excludere vellet, cum alio loco & ipſe uti poſſit. Atque ita præclare id explicat JCtus, in *L. 7. ff. de diverſ. præſcr.* de diverticulo fluminis, quo unus ſolus pluribus annis uſus fuerat, indeque alium prohibere poteſt. Pariter ergo, ſi unus populus piſcando utatur parte maris, interim alius in eadem parte ſimul piſcari nequit.

Deinde piſcatio eſt rerum quæ nullius ſunt, ſcil. piſcium, uti venatio in terris: Adeoque piſces cedunt quidem occupanti, verum ille qui partem maris occupavit & poſſidet, poteſt eum qui piſcandi cauſa eam partem ingredi vult,

prohibere, perinde uti qui fundum vel partem terræ possidet, eum qui venandi causa fundum ingreditur. *L. 13. §. 7. ff. de injur.*

Quod si igitur Princeps, cum partem maris vacuam occuparet, eam vacuam quoque ab usu piscationis invenit, (alioquin enim, & si piscationem alius jam occupasset, utens invitus expelli non posset), prohibere omnino jure proprietatis potest, ne alii ingrediantur, *d. l. 13.* Quod secus est in *Navigatione* qua tantum transitur: Atque ita, uti Princeps transeuntem terra impedire non potest, initantem venandi causa potest, *d. l. 13.* ita & navigantem nequit, accedentem piscandi causa potest. *d. l. 13.* Atque inde id jus, quo hodie ad regalia venationes & piscationes, in fluminibus & maribus occupatis, referuntur, ortum est, *Dn. Par. Jur. Public. c. 23. § 49.*

Qv. IX. *An lapilli, gemmæ &c. inventæ in littore, item feræ bestiæ, sint res communes?*

Laut. p. 20. verb. item lapilli gemmæ.

AFFIRMAT id *Lauterb. h.* sed contra textum expressum in *L. 3. ff. h. & §. 18. Inst. h.* ubi gemmæ dicuntur cedere inventori, & feræ occupanti *§. 12. Inst. h. L. 1. §. 1. A. R. D.* Occupanti autem cedere tantum dicuntur res nullius *§. 12. Inst. h. d. l. 1. §. 1.* Quin de feris expresse additur ratio, quod inventori cedant, quia nullius sunt, *d. §. 12. & L. 3. pr. A. R. D.* Falsum autem id est in rebus hominum communibus, utpote quæ per unius occupationem reliquis auferri non possunt. *Vid. q. IIX.* Nec hodie id mutatum est in littoribus *non occupatis*; Nam ibi licitum hodieque est aurum, gemmas, uniones, lapillos &c. legere, Sed *in occupatis* hæc jura hodie ad fiscum pertinent, & inter regalia referuntur: Quia Princeps occupando territorium omnia sibi occupavit, quæ in singulos divisa & distributa non sunt. *Vid. Grot. L. 2. c. 8. §. 9.* Huc pertinet jus succini legendi, &c. *Dn. Stryck. U. M. h. §. 7.* Vid. *Dn. Par. Jur Publ. c. 23. §. 48. & seq.*

Qv. X. *An pecunia sit res corporalis?*

Laut. p. 20. verb. ut pecunia.

RESP. Pecunia dupliciter spectatur, vel ut *quantitas*, ut in mutuo, & tunc habetur pro re *incorporali: L. 94. §. 1. ff. de solut. & L. 1. Contr. Emt.* junct. *L. 34. §. 3. & 4. de leg. 1. l. 19. §. 2. L. 46. Cond. indeb. L. 24. ff. depos.* (*ubi nummi a rebus corporalibus distinguuntur*): Vel ut *species*, ut in deposito, *L. 9. §. f. L. 10. R. C. d. l. 46. d. l. 34. §. 4. d. l. 19. §. 2.* ibi: *non Corporum, d. l. 24. ff. depos.* & tunc erit res *corporalis.* Nam pecunia sua natura refertur inter res corporales quia tangi potest. *L. 1. §. 1. h. Pr. Inst. de reb. corp.* Hinc vindicari possunt nummi, *§. 2. Inst. Quib. al. lic.* quod falsum esset, si pro re incorporali haberentur. *L. 55. ff. de R. V.*

DISSEN-

DISSENTIT *Hottom. Quæst. illustr. 15. p. m. 97.* (1) quia in pecunia non tam substantia spectatur, quam valor publicus *L. 1. pr. Contr. Emt.* qui valor est maxime res incorporalis; idque confirmat exemplo chirographi, quod itidem non ex tabulis æstimatur; sed ex jure & potestate. *L. 58. pign. act. L. 2. de pact.* Sed

RESP. verum hoc est, si nummi ut *quantitas* spectantur, non si ut *species*, sæpius enim pecuniam materialiter sumi pro ipsis nummis, ex omnibus allegatis textibus apparet.

OBJICIT (2) *L. 95. de leg. 3. l. 5. pr. Impens. in rem dot. l. f. adim. leg. l. 10. de acceptil. L. 68. pr. ff. SC. Treb.* ubi pecunia numerata perpetuo opponitur rebus corporalibus:

RESP. Pecunia ibi ut quantitas spectatur, quod apparet ex voce *summæ* *d. l. 95. &c.*

OBJ. (3) *L. 19. §. 2. de Cond. indeb.* ubi ille qui nummos pro parte alienos solvit indebite, dimidiam ejus *summæ* partem non *corporum* condicit: Ergo nummi non sunt corpus.

RESP. JCtus eo ipse fatetur pecuniam aliquando corpus esse, dum ait, indebite solventem, in præsenti casu condicere pecuniam ut *summam*, non ut *corpus*.

Aliter DISSENTIT *Vinnius ad pr. Inst. de reb. corp. n. 1.* qui pecuniam, etiam spectatam ut quantitatem, rem corporalem esse ait, & putat corpora in dictis legibus non opponi pecuniæ tanquam non corpori, sed uti res, quæ in *specie* restituendæ sunt, opponuntur iis rebus quæ restitui debent in *genere*: Sed hoc nihil dictum est, nam hæ ipse res quæ in genere restituendæ sunt, sunt incorporales, & illa ipsa æstimatio quæ in obligatione est, abstrahendo ab omni materia & corpore, tangi nequit, adeoque erit aliquid incorporale, *L. 1. §. 1. h. t.*

Multum vero interest, res sit corporalis an incorporalis: Nam in statutis, testamentis, pactis dotalibus &c. sæpius de rebus corporalibus & incorporalibus disponitur: Ita quoad mutuum, usumfructum, rei vindicationem &c. multum hodieque interest.

QU. XI. *An pecunia præsidii causa reposita sit res mobilis?*

AFFIRM. (1) quia pecunia sua natura res mobilis est, *Nov. 22. c. 45. vers. si vero univers.* (2) Quia nuda destinatio rei non sufficit, ut videatur esse res immobilis, nisi actu accedat rei immobili, & ad usum ejus perpetuum destina-

Laut. p. 20. verb. etiam præsidii.

ſtinatio fiat: *L. 17. ſ. 7. 10. 11. L. 18. ſ. 1. Act. emt.* Quin (3) pecunia ita repoſita eo animo ad uſum loci deſtinatur, ut in caſum neceſſitatis erogetur.

OBJ. *L. 79. ſ. 1. de Legat. 3.* ubi legantur, *quæ mobilia IBI erunt* & diſtinguitur inter nummos mutuo dandos & repoſitos præſidio.

RESP. Neutra pecunia eſt res immobilis, neque de eo ibi quæritur, ſed dubitatur ſaltem quænam pecunia IBI eſſe cenſeatur, & deciditur; pecuniam præſidii cauſa repoſitam IBI eſſe, non vero mutuo dandam, quippe quæ, etſi mobilis ſit, vere IBI non eſt, cum alienari debeat.

Uſus hujus rei magnus eſt in foro, nam quoties (1) in ſtatutis, pactis dotalibus, legatis, contractibus &c. diſponitur de rebus mobilibus, hæc quoque pecunia continetur, (2) feudum in tali pecunia conſtitutum erit improprium: Uſus quoque eſt (3) in ſatisdatione, non enim ab ea liberatur poſſeſſor talis pecuniæ. (4) Ceſſant interdicta unde vi, & uti poſſideris, quæ tantum de rebus immobilibus dantur. (5) Alienari poteſt pecunia a curatoribus ſine decreto judicis. (6) Jure Saxonico ſequitur hæc pecunia maritum, tanquam hæredem mobiliarium &c.

QV. XII. *An pecunia prædiorum emtioni deſtinata res mobilis ſit?*

Laut. p. 21. verb. prædiorum emtione.

AFFIRM. Ex rationibus *quæſt. præced.* allegatis.

OBJ. *L. 3. §. 6. Contr. tut. Act.* ubi pecunia pupilli depoſita ad emtionem prædiorum non poteſt alienari ſine decreto. Ergo eſt res immobilis.

RESP. Non quæritur ibi, an tutor talem pecuniam alienare poſſit, ſed an ex ea ſibi ipſi ſolvere. Et negatur id eum propria autoritate & ſine decreto facere poſſe, propter *§. f. Inſt. Aut. tut.* & ob præjudicium quod in pupillum inde redundare poſſet.

Utilitas hic eadem eſt, quæ in *quæſt. præced.*

QV. XIII. *Quando ex deſtinatione res mobilis fiat immobilis?*

Laut. p. 21. verb. juris intellectu.

RESP. Cum (1) talis animus ejus, qui deſtinare vult & poteſt, apparet, ſive verbis ille animus declaretur, ſive ex factis. (2) Nec ſufficit animus deſtinandi, ſed requiritur actualis deſtinatio, *d. l. 17. §. 10. & 11. l. 18. §. 1. Act. emt.* Et quidem (3) ad uſum rei immobilis, *L. 13. §. f. Act. emt.* ideo enim tunc fit immobilis, quia hujus pars eſſe cenſetur, *a. d. LL.* modo id (4) fiat animo perpetuo, *d. l. 17. §. 17.* temporaria enim deſtinatio nihil operatur, *ibid. & L. 242. §. f. de V. S. Conſ. q. XI. & XII.*

Hinc

Hinc (1) pisces in piscinis res immobilis sunt, si propagationis causa, adeoque animo perpetuo, habeantur, non vero si quotidianæ necessitatis causa: *Hyp. Inst. tit. de reb. Corp. &c. §. 2.* (2) machinæ ad usum perpetuum castri destinatæ rebus immobilibus accensentur, non vero quæ tempore belli imponuntur: *d. Hyp.* Item (3) molendina navalia fiunt immobilia, si ad usum certi loci in perpetuum sint destinata *Hyp. l. feud. tit. 1. §. 5. Phil. Us. pr. Inst. L. 2. Ecl. XI. Struv. h. t. th. 83.* alias non *L. 1. §. 7. de vi arm. arg. L. 17. §. 7. Act. emt. vend.*

Utilitas hujus materiæ itidem explicata est in *quæst. XI.*

LIB. I. TIT. IX.

DE SENATORIBUS.

Qv. I. *An senatoris filius etiam sit, qui ante dignitatem senatoriam natus est?*

AFFIRM. *l. f. de senat. l. 9. §. 14. pœn. L. 2. §. 1. Decur.* Nam ille qui patri nascitur, ex momento nativitatis consequitur jus aliquod eventuale succedendi in omnia jura sui patris, adeo, ut quicquid dignitatis patri postea supervenit, illius commodum ad filium quoque pertineat. *Dn. Par. in Lect. ad Grot. L. 2. c. 7. §. 28.*

Atque hoc ita in regnis obtinere, gentium Exemplis probat *Grot. dict. L. 2. c. 7. §. 28. Hottom. Illustr. q. 2. Tiraq. de I. primog. q. 31. Buxtorff. ad A. B. c. 7. th. 85. Rumel. ad A. B. dissert. 6. aph. 5.* Sed & hodieque inter privatos ita servari constat: Ita enim filius ante professoriam dignitatem, nobilitatem, aliamque dignitatem patris natus, iisdem juribus utitur, ac si post dignitatem natus esset. *Struv. Ex. 4. §. 6. Christin. vol. 5. dec. 5. n. 40. Carpz. p. 2. const. 10. def. 32. & l. 6. Resp. 98.*

OBJ. (1) *L. 63. §. 1. C. de decur.* ubi liberi tum demum liberantur a curia si durante dignitate patris vel ea finita nati sunt, non ergo si ante.

RESP. Textus hic explicatur in *L. 64. C. eod.* ubi expresse quoque a curia liberantur illi, qui ante dignitatem nati sunt.

OBJ. (2) *L. 66. vers. Ex avo C. Eod.* ubi natus ex patre, qui nondum est patronus fisci, non liberatur a curia.

RESP. Loquitur de filio curiæ semel oblato, hic enim non liberatur

per subsequentem dignitatem patris, *d. l. verb. in conditione pristina permaneant.*

OBJ. (3) *L. 11, C. de dignit.* ubi tales filii privati dicuntur.

RESP. Imperatores in fine *d. l. vers. cum autem &c.* sententiam, quam in *pr. legis* exposuerunt, mutant, adduntque rationem, quia *paternos honores invidere filiis non oportet.*

Effectus est, (1) quod tales filii habeantur pro primogenitis, indeque in feudis, etiam majoribus, succedant. *Dn. Par. in Jur. Publ. c. 27. §. 6. & Disp. de success. Nep. Sect. 6. §. 1. & seq. & disp. de Just. regn. Port. pag. 52.* (2) quod pœnis plebejorum non subiciantur. *L. 9. §. 14. pœn. L. 2. §. 2. ff. Decur. &c.*

LIB. II. TIT. I.

DE JURISDICTIONE.

QV. I. *Quidnam voce Jurisdictionis jure romano veniat?*

Laut. p. 22. verb. Licet enim vox.

RESP. Jurisdictio vel in *genere* sumitur, vel ex *Usu juris.* In *genere* & vi vocis jurisdictio continet omnem jus dicendi actum; *L. 2. §. 23. de O. I.* hinc officium jus dicentis latissimum esse dicitur. *L. 1. ff. h.* Et hoc sensu potest continere & notionem *L. 99. V. S. l. 5. pr. re jud.* & voluntariam jurisdictionem, *L. 7. §. f. Off. cons. l. 8. l. 9. pr. eod.* & criminalem (*L. 2. §. 23. de Or. Jur.* ubi etiam causæ criminum, & capitales dicuntur esse de jure dicundo, *L. 7. §. f. Off. proc.* verb. *plenissima Jurisdictio*), quin ipsam superioritatem territorialem: In his omnibus enim jus dicitur, *Dn. Pagenst. 1. Sicil. 8. & Laut. h.* Sed hæc significatio abusiva dicitur *Suerin. repet. lect. cap. 6. Bach. ad Tr. D. 3. th. 1. l. a.*

Ast *Usu Juris*, & in concessionibus, hodieque *jurisdictio* in dubio continet tantum causas civiles controversas, & hoc sensu recte definitur causæ controversæ civilis cognitio usque ad sententiam. *L. 1. de re jud.* atque exprimitur voce der Gerichtbarkeit, quin & voce Obrigkeit, nisi aliud appareat. *Vide tamen Disp. Dn. Par. de fund. in territ. pot. tit. 1. §. 12.*

Causa vero cur in *Usu juris* Jurisdictio tantum ad causas civiles restringatur, est: Quia nimis operosæ sunt, quam ut Princeps possit, & nimis tenues quam ut eum deceat illis incumbere cum detrimento curarum publicarum *arg. L. 32. pr. C. de Appell.* Ergo hoc officium juris dicundi a suo distinxit, ac pro-

proprium seu peculiare eo officium magistratus constituit, cui proinde hactenus jure proprio competere dicitur, ut & mandare quasi suum negotium alii possit *L. 5. h. L. 3. h. L. 1. §. 4. Susp. tut.* Reliquæ vero species & majoris momenti sunt, & minoris operæ, indeque sub officio magistratus proprie non continentur, nisi in specie concessæ appareant. Conf. *Bach. ad Tr. Disp. 3. th. 1. lit. A. in fin.*

Hinc I. recte statuit *Lauterbachius h. t. Jurisdictionem* proprie dictam & in usu juris opponi *mero imperio:* Idque (1) ex *L. 3. ff. h.* ubi expresse imperium merum distinguitur a mixto, quod huic *etiam jurisdictio insit.* (2) ex *L. 1. §. 4. de susp. tut.* ubi a Jurisdictione distinguitur cognitio suspecti tutoris, quæ ex causa criminalis *d. l. §. 1. & 2.* Add. *l. 4. Off. ejus.*

II. Hæc Jurisdictio excludit quoque extraordinariam, sive eam quæ competit ex speciali legis concessione, de qua *l. 7. §. f. Off. proconf. L. 6. §. 2. de tutel.* Nam hanc Principem sibi reservasse, nec proinde sub officio ordinario magistratus, i. e. jurisdictione, contineri, est ipsa ejus descriptione apparet.

Qv. II. *An Judex voluntariam Jurisdictionem in alieno territorio exercerere possit?*

Putat id *Autor* & allegat *Carpzovium P. 3. Const. 3. def. 14.* (Add. *Id. p. 4. dec. 293.* ibique præjudicia: item *L. 5. Resp. 6. n. 16. & Mev. part. 3. dec. 195. Heig. L. 2. quæst. 17.*) Contrarium tamen verius puto (1) quia extra fines jurisdictionis quilibet est privatus, *L. f. ff. de Jurisd.* quæ regula cum ibi generaliter posita sit, tamdiu ei insistimus, donec voluntariam inde exceptam esse probetur. Atque ita (2) testator accersere e Saxonia, quin e Gallia, magistratum posset, ut testamenta judiciali autoritate confirmaret, quod tamen ipsi naturali rationi contrarium videtur.

Laut. p. 22. verb. extra territorium.

Exc. Nisi in specie id a superiore concessum sit, uti legato proconsulis, de quo est *L. 2. ff. de Off. proconf.*

At alia quæstio est, an civis, v. g. Marchicus, in Saxonia possit insinuare testamentum, vel donationem, an judex extraneus possit confirmare legitimationem, adoptionem, &c. Nam tunc distinguendum inter jura perpetuo personæ cohærentia, & nudas confirmationes actuum: *Priora* non nisi ad competentem magistratum pertinent, quia jam supra demonstratum est, quod jura perpetuo personæ cohærentia non possint nisi ab eo tribui, qui perpetuam potestatem in personam habet. *Sup. L. 1. t. 4. quæst. 5.* Hinc ergo adoptiones & legitimationes non nisi coram competente magistratu fieri possunt. *Posteriores* actus ad quemlibet magistratum pertinent: Hinc confirmationes testamento-

 rum,

rum, insinuationes donationum &c. ubicunque fieri possunt; *L. 27. inf. C. de donat. L. 30. C. eod.* & de his actionibus expresse loquitur *Heig. d. l. Mev. d. l.* Conf. *Dn. Par. Disp. de Fund. in territ. potest. Tit. 7. §. 13.* ubi additur ratio, quia actus hi valent ex confirmatione: Adeoque ubi talis confirmatio accessit, ille locus habetur pro loco contractus, testamenti conditi &c.

Qv. III. *An tutoris datio sit actus jurisdictionis contentiosæ?*

Laut. p. 22 verb. *Contentiosum.*

NEG. (1) quia tutor etiam volens dari potest, & plerumque solet. Et alias (2) omnis distributio munerum publicorum esset contentiosæ jurisdictionis. Imo (3) testator, qui dat tutorem, exerceret actum jurisdictionis contentiosæ, quia tutor etiam invitus onus hoc suscipere tenetur.

OBJ. Quod tutor cogi possit, & quod soleat justas excusandi causas allegare, quæ cognosci debent; indeque magis contentiosæ jurisdictionis esse videtur.

RESP. Etsi voluntaria Jurisdictio regulariter, & sua natura, in volentes exerceatur, tamen per accidens fieri potest, ut accedat contradictio: Quo casu necesse est, ut idem judex, qui autoritatem interponit, etiam de contradictione per consequens judicet. *arg. L. 2. ff. h.* Contradictio autem illa fere in omni specie intervenire potest: In *Arrogatione & adoptione*, si liberi vel agnati contradicant. In *Manumissione*, si sit minor 20. vel hodie 14. annorum. In *Emancipatione*, si filius nolit. In *donationum insinuatione*, si dicatur prodiga vel inofficiosa. In *agnitione bonorum possessionis*, si negetur esse filius. Et sic pari ratione in *tutoris datione*, si tutor justam causam excusationis allegat: tum ergo per accidens causæ cognitio intervenit.

Qv. IV. *An Extraordinaria Jurisdictio hodie cohæreat officio magistratus ordinario?*

Laut. p. 23. verb. *Hodie ordinario.*

Ita putant Dd. & *Lauterb. h.* At in genere id ita receptum non est, sed in plurimis locis solent speciales magistratus ad has causas dari, ut in Belgio der Wäysenmeister, quod etiam in Palatinatu obtinet. Si tamen tales constituti non sunt, intelligitur hodie concessum id esse ordinario: *Dn. Par Hyp. Inst. tit. de Atil. tut. §. 1. & Disp. Dn. Par. de tutel. Illustr. S. 1. §. 5. Gudel. de jur. nov. L. 5. c. 13. Non §. advers. & L. 1. c. 17. in fin.*

Neque tamen hoc casu hæc jurisdictio ei competit propter jurisdictionem, vel jure officii ordinarii, sed ob specialem legis concessionem: *Gudel. d. c. 13. Dict. Disp. §. 5.*

Effectus

Effectus hic est, quod nec hodie hæ causæ mandari possint, uti id de imperio mero infra demonstrabitur.

NOT. Sub extraordinaria jurisdictione continentur (1) quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, quia non competunt jure ordinario magistratus, ut datio tutoris. *L. 2. off. proc. L. 1. pr. off. ejus.* (2) Ex contentiosa, illa quæ jure magistratus non competunt, ut imperium merum, *L. 6. pr. off. proconf.*

QV. V. *Quid sit Jurisdictio, quid imperium, & quid imperium mixtum?*

Laut. p. 23. verb. *Jurisdictio in specie.*

RESP. JURISDICTIO vi vocis dicitur, quæ in causæ cognitione consistit, & pronunciatione judicis finitur. *L. 1. re jud.* Vid. *sup. quæst. 1.* Jus enim dicere nihil est quam de jure causæ pronunciare, neque de causa jus dici potest, nisi cognitum fuerit. Idem ergo hoc sensu est quod notio. *l. 99. de V. S.* Nec sua natura facultatem exequendi includit.

IMPERIUM vero nihil aliud est quam executio, quippe quæ fit jussu & imperio superioris: Idque *Dn. Par.* late probat in *Disp. d. Not. & exerc. Austreg. sect. 1. §. 12.* (1) per *l. 15. §. 2. ff. de Re jud.* ubi forma executionis præscribitur, & dicitur eam fieri *jubendo pignora capi & distrahi:* verb. *capi jubent.* & mox: *capi jubent & distrahi.* & tum additur: *exequentur itaque isto modo &c.* (2) per *l. 1. C. si in caus. jud.* verb. *Ejus jussu cui jus jubendi fuit.* & verb. *autoritas jubentis.* (3) per *l. 2. C. eod.* verb. *ejus qui ita decrevit.* (4) per *l. 2. C. de Execut. rei jud.* verb. *rem judicatam &c. perduci jubebit*, in quibus textibus omnibus agitur de executione ex causa judicati. (5) per *Ord. Cam. p. 3 tit. 48. §. 1.* ubi forma exequendi in Imperio ita præscribitur, ut fiat per *mandata* seu *decreta*, quæ inde vocantur, *Executorialia*, Gebots-Briefe, item Executorial-Briefe, *O. C. p. 2. tit. 23. in fin.* & *d. tit. 48. §. 8.* verb. auferlegten Befehl, rc. (6) per *R. I. 1654. §. 160. & 164.* ubi camera dicitur exequi *per mandata executorialia.* Unde (7) regula illa *ab executione non esse inchoandum*, ita efferri solet, *A mandato vel præcepto non esse inchoandum:* eaque nomina, executio & mandatum seu præceptum, promiscue adhibentur; *ut in O. C. d. tit. 23.* verb. daß in gerichtlichen Sachen nicht an der Execution und Mandaten angefangen werden soll. Et deinde, in denen Vermög der Rechte a præcepto angefangen werden mag.

Quia vero illa Jurisdictio sive causæ cognitio facile eludi, quin sine aliqua executione vix explicari potest, imperium, sive executio, ei addita intelliguntur, *arg. L. 2. h. t.* Hinc regula est in *L. f. off. ejus. Nulla est jurisdictio sine modica coercitione:* Atque hoc est illud IMPERIUM quod MIXTUM dicitur, quia jurisdictioni mixtum & annexum est, nec nisi propter eam competit, eique semper cohæret. *l. 1. §. 1. L. f. off. ejus:* Et hoc sensu usu juris in

 specie

specie jurisdictio dicitur, & nudæ notioni opponitur, *l. 5. pr. ff. de re jud. L. fin. verf. sed ne quis. C. ubi & apud quem Dn. Par. disp. de Exec. Austreg. Sect. 1. §. 10.*

Atque hæc jurisdictio hodieque venit voce Vogtheiæ, *Dn. Par. Disp. de fund. in territ. pot. tit. 1. §. 12.* (item voce bürgerliche Gerichte, continet quæ causas quoque delictorum, Frevel, Busse, Schelten ꝛc.) quia ex his quoque civiliter agitur. *Inferior* quoque *jurisdictio* ad mixtum Imperium refertur, die niedere Gerichtbarkeit: ut egregie deducit *Dn. Stryk. U. M. h. t. §. 7.* Atque integro responso Viadrinæ facultatis Imperium mixtum a Jurisdictione inferiori non differre, probat *ibid. §. 8.* Nisi pactis vel moribus locorum differentia quædam sit, quod probari debet, & varie fit. Vid. *Carpz. 1. Resp. 49. Berl. p. 1. concl. 1. Carpz. crim. p. 3. q. 109. n. 11. sq.* Equidem in Supremo Appellationum judicio aliquando disceptatum fuit in causa des Stiffts Severn c. das Amt Reinberg & fiscum, quinam actus ad civilem jurisdictionem pertineant, & tandem singuli actus per sequentem sententiam definiti sunt.

Daß unter der denen Imploranten per judicatum vom 4ten Julii 1719. zuerkannten Civil-Jurisdiction, die Cognition in kleinen Freveln und geringen Verbrechen, zu verstehen: Nemlich Haar-Rauffen, Schläge, die nicht tödtlich seyn, noch Lähmde bringen, daraus auch keine Wunde wird, Nasen-Bluten, Maulschellen, Zähne-Bluten, auch andere Blutrünsten mit Nägeln gekratzet, oder sonst verletzet, daraus keine Fährlichkeit des Todes, Lähmde noch öffentliche Wunden entstehen, schlechte Lügen-Strafe, Schmäh-Worte, so peinlichen nicht geklaget werden, unzüchtig muthwillig Geschrey, Messer-Züge, wann niemand dadurch beschädiget wird, Tragung verbothenen Gewehrs, verbothene Spiele spielen, einen, der große Uibelthaten vollbracht, zu dem Ende gefangen zu nehmen, damit er höherer Obrigkeit zur Bestrafung überantwortet werde, da einer den Gerichten ungehorsam wird, oder daselbst etwas bewilliget, und solchem nicht nachkömmt, schlechte Hurerey, oder da Personen, so sich ehelichen, vor priesterlicher Copulation aber sich zusammen finden, ingleichen geringer Diebstahl einen Reichs-Thaler oder darunter werth; Und deren Bestrafung mit etwanigem Gefängnisse, auch Geld-Busse, jedoch, daß mit dieser die Delinqventen nicht übersetzet werden; Imgleichen mit dem Pfahl, wann in obigen Fällen die Bestrafung damit statt hat, denen Imploranten zu lassen, und sie dabey zu schützen; Der Erkänntnisse aber in Ehebruch, Blut-Schande, Verwundung und anderer zur Criminal-Jurisdiction gehörigen Sachen, obwol diese mit Unserer Bewilligung zu Zeiten mit bürgerlichen Strafen beleget würden. Ferner in Fällen unrichtiger Ellen-Maaße oder Gewichts, auch über den Bier- und Brandtewein-Schanck, aller Cognition, imgleichen des Kirchweih-Schutzes sich zu enthalten schuldig seyn. V. R. W.

Porro

Porro hodieque dari magiſtratum cum nuda notione multis contendit *Dn. Stryk. U. M. h. t. §. 9.* eoque refert die Schultzen-Gerichte, quæ tantum cauſam cognoſcunt, executionem vero ſuperiori relinquant. Quin in criminalibus quoque alii cognitionem, alii executionem competere poſſe tradit *ibid. §. 10.*

Qv. VI. *An reſtituere in integrum & reliqui actus, de quibus in L. 4. h. t. agitur, ſint imperii, an jurisdictionis?*

NOT. (1) Ita vulgo concipitur quæſtio. Vid. *Struv. Ex. 4. th. 56.* Sed minus recte, ut ex ſuperioribus patet, ubi vidimus omni jurisdictioni mixtum & conjunctum eſſe imperium, *l. f. ff. offic. ejus &c.* omnesque adeo controverſias civiles non imperii aut jurisdictionis eſſe, ſed utrumque neceſſario ibi concurrere. Vid. *quæſt. 5.* & hoc illi mixtum eſſe. Neque ita in legibus proponitur quæſtio, ſed an actus illi *magis* ſint *imperii.*

Laut. p. 23. verb. Excellentiores ejus actus.

NOT. (2) Reſponſio vulgata plurimum contradictionis involvit, cum dicunt hos actus non eſſe imperii, ſed jurisdictionis, ſcil. excellentioris & imperioſæ, *Laut. h. Struv. d. l.* Atqui hæc ipſa ſunt quæ in jure imperii eſſe dicuntur, iisque, quæ jurisdictionis ſunt, opponuntur: *L. 4. ff. h. l. 26. ff. ad munic.*

Mirum ergo ad quæſtionem, *An actus hi imperii, an jurisdictionis* negare eſſe imperii, & tamen dicere, eſſe jurisdictionis illius imperioſæ, quæ eadem ipſa ſunt quæ imperii eſſe dicuntur: Et contra aſſerere, eſſe jurisdictionis, quæ tamen ipſis legibus magis imperio tribuuntur. *d. l. 4. L. 32. §. f. h.* Unde etiam eſt quod magiſtratus quibus illi actus competunt, ſoli cum imperio eſſe dicantur, *l. 12. de jud.* reliqui vero & inferiores ſine imperio. *L. 32. de injur.*

NOT. (3) Ut ergo ratio juris ſibi conſtet, ex præcedente quæſtione repetendum eſt; *Jurisdictionem* eſſe nudam cauſæ cognitionem, *imperium* vero denotare executionem. Unde ſponte ſequitur, ſi imperium jurisdictioni jungitur, inde *Imperium* aliquod *mixtum* oriri neceſſe eſt. At cum nihilo minus actus maneant diſtincti, *judicandi* ſcil. ſeu cognoſcendi, & *exequendi*, contingere poteſt, in quibusdam cauſis prævalere actus jurisdictionis, ut in cauſis ordinariis, quæ plenam cauſæ cognitionem requirunt, & hæ dici poſſunt *magis jurisdictionis*, quia præcipue hic ſpectatur cauſæ cognitio. In aliis e contrario poteſt prævalere imperium, ſive executio, ut in ſummariis, & tunc dicuntur eſſe *magis imperii*, quia præcipue in illis juſſus & imperium ſpectatur, etſi aliqualis cauſæ cognitio accedat.

Atque hoc ſenſu illi actus in *L. 4. ff. h. t.* recenſiti (ſcil. jubere caveri prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, item dare bonorum poſſeſſio-

nem

nem decretalem, *L. 3. ff. h. t.* restituere in integrum, *L. 26. §. 1. ad Munic.*) recte magis dicuntur esse imperii quam jurisdictionis. *d. l. 4. d. l. 26.* Effectus est, quod ea quæ magis imperii sunt, apud majorem demum magistratum expediri possint; *L. 26. ad Mun.* at ea quæ jurisdictionis sunt, etiam apud inferiorem, *d. l. 26.* Quanquam propter utilitatem restitutiones quoque in integrum postea ordinario judici commissæ sint, *L. f. C. ubi & ap.*

Qv. VII. *An judicis datio sit jurisdictionis?*

Laut. p. 23. verb. *Huc pertinet judicis datio.*

RESP. Dationem judicis in *urbe* esse jurisdictionis, in *provinciis* specialis concessionis: Quod inde ortum videtur, ut devictis provinciis potestas magistratus Romani distingueretur a jurisdictione municipiis relicta, *arg. l. 12. §. 1. de jud.* ibi *propter vim imperii.* Hinc indulum ipsis est, ut actus plenæ & ordinariæ jurisdictionis tanquam viliores & operosiores aliis, judicibus scil. pedaneis, committere possint, qui proinde vi jurisdictionis dabantur, *L. 3. h. L. 12. §. 1. de jud.* Sibi vero tum reservabant actus magis imperii, indeque judicia hæc extraordinaria dicta sunt: Provincialis vero magistratus ipse causarum cognitionem suscipere debebat, nec poterat judicem dare, cui illam committeret, nisi in specie id concessum esset, uti proconsuli ejusque legato. *d. l. 2. §. 1. L. 81. eod.*

Qv. VIII. *An quis SIBI aut SUIS jus dicere possit?*

RESP. SIBI non posse, SUIS posse; Sed de effectu videndum in utroque membro. Quod primum membrum attinet, SIBI ipsi unumquemque naturaliter jus dicere posse post *Connanum L. 1. Comm. c. 6. n. 8.* magno conatu defendit *Grotius de J. B. & P. L. 2. c. 20. §. 3. Hobbes. de Civ. c. 1. §. 9. &c.* refutati a *Dn. Par. in disp. de Jud. in propr. caus. th. 1. & seq.* Cum quo hanc regulam statuimus: Quod nemo in propria causa judex esse possit. (1) Quia alius debet esse qui cognoscit, alius cujus causa cognoscitur, alius qui controvertit, alius qui controversiam illam decidit atque tollit: Neque enim idem potest simul affirmare ac cognoscere, assensum simul dare & suspendere; *dict. disp. th. 4.* (2) Major contradictio est in executione; nam ibi necessario alius esse debet qui imperat, alius qui paret, alius qui cogit, alius qui cogitur: Imperium enim superioris est; nemo vero se ipso superior aut inferior esse potest. *L. p. ff. recept. arb. l. 13. §. p. ff. ad Treb. Dict. disput. th. 4.* Accedit (3) quod quis videatur suspectus in sua causa, utpote cui plerumque plus tribuere homines solent. *dict. disp §. 5.* & cum personæ suspectæ ab aliorum causis cognoscendis arceantur, multo magis id verum erit in causis propriis *ibid.* His jam (4) adstipulatur jus Romanum in *L. 10. h. L. un. C. ne quis in sua caus. L.*

14.

14. C. de jud l. 7. C. unde vi. L. 13. ff. Quod met. cauf. Quod & in praxi obtinet, adeo ut contra magiſtratum in propria cauſa jus dicentem decernantur mandata ſine clauſula, *Mev. p. 5. dec. 323.* totumque judicium ſit ipſo jure nullum. *d. l. 10. & dict. diſp. §. 4. & 5. Mev. d. l. n. 2. 3. 4.*

Exc. (1) Cauſæ voluntariæ jurisdictionis, has enim judex coram ſe ipſo exercere, indeque & emancipare filios ſuos, & in adoptionem dare apud ſe poteſt. *L. 4. h. l. 2. Off. præſ.* Quin filius fam. poteſt apud ſe ipſum vel emancipari vel in adoptionem dari, *L. 3. h. L. 2. Off. præt.* ſic Præſes apud ſe proprium ſervum manumittere poteſt, *d. l. 2. de Off. præſ. L. un. §. 2. ff. Offic. conſ.* Add. *Berl. p. 2. dec. 186. n. 45. 6. 16. 17. n. 22. & Laut. pag. 22.* Hinc teſtamentum quoque judex teſtator actis inſinuare poteſt, ita ſcil. ut teſtamentum confectum a nobili in caſtro ſuo, cui jurisdictio cohæret, valeat tanquam judiciale; ita Facultas Viadrina reſpondit An. 1699. Menſ. Octobr. Conf. *Natt. Conſ. 628. n. 9. & 10. Nic. Boer. dec. 228. n. 7. Capyc. dec. Neap. 203. per tot. Berl. p. 3. concl. 4. n. 44. & 45. deciſ. 187. n. 6. Carpz. p. 3. Conſt. 3. def. 14.* quanquam tutius ſit, coram Notario & ſculteto fiat ſi *Berl. & Carpz. d. l.*

Exc. (2) ſi ad publicum magiſtratus officium cauſa pertineat, *L. 4. paſſ. C. ubi cauſ. fiſc. Mev. part. 5. dec. 324. Gail. 1. O. 39. n. 4.* tunc enim judicium non eſt nullum, quia non eſt vera ejus & propria cauſa, etſi judex utilitatem & commoda jurisdictionis ex ea cauſa percipiat. *Mev. dec. 323. inf.* Atque ita judicatum refert *Dn. Par. in dict. diſp. §. 12.* His conſequenter magiſtratus cognoſcere poteſt de injuria ſuo officio illata, *dict. diſp. th. 14. & 15.* de competentia fori, *ibid. th. 16.* de cauſis ſui fiſci, *ibid. th. 17.* Attamen ſi propter hæc commoda ſuſpectus ſit, idque rite doceatur, licet judicium non ſit ipſo jure nullum, poterit tamen ex hoc capite tanquam ſuſpectus prohiberi. *ibid. th. 18.*

Ampl. Regula vero ante tradita ita vera eſt, ut nec Princeps in propria cauſa judex eſſe poſſit; Niſi ſit cauſa publica vel voluntariæ jurisdictionis, *dict. diſp th. 20. & ſeq.* Quicquid diſſentiant *Mev. dict. dec. 323. n. 7. & Dd. apud Gail. L. 1. O. n. 18.*

Obj. (1) *L. 3. his quæ in teſt. del.*

Resp. Loquitur de cauſa publica, ſcil. fiſcali, quæ non eſt cauſa propria. *dict. diſp. th. 21.*

Obj. (2) *L. 41. hær. Inſt.*

Resp. Loquitur, non de judicio, ſed de interpretatione legis dubiæ, hæc fieri a Principe poteſt, etſi cauſa propria contineatur, *dict. diſp. th 21.*

Sequitur alterum membrum, an Magistratus SUIS jus dicere possit?

AFFIRM. Nec hoc judicium erit ipso jure nullum: *L. 77. Jud.* Quia prædictæ rationes & contradictiones cessant, at exceptione suspecti removeri potest, *l. 10. h.* quia suspectus est, dum magis suis favere voluisse præsumitur, judex autem medius esse debet inter utramque partem: *Dn. Par. dict. disp. th. 5. & Disp. de offic. med. §. 10.* Qua proinde exceptione omissa judicium subsistit & sententia valet, *c. 20. X. de sent. & re jud. L. ult. C. de except. Mynf. 4. O. 59. Dict. th. 5. & th. 2.*

Hinc (1) dictæ legi 77. non OBSTAT *L. 10. de jurisdict.* ubi pater potest esse judex in causa filii, nam potest esse, sed non debet, si suspicionis exceptio ei moveatur. *d. l. 10.*

OBJ. (2) *L. 10. ff. de jurisd.* ubi comparantur sibi & suis jus dicere, adeoque utroque casu judicium erit nullum.

RESP. Comparantur effectu, nam utroque casu non *debet* judicare, sed in eo differunt, quod si *sibi* jus dicat, totum judicium ipso jure nullum sit, etsi nihil opponatur, sed si *suis* jus dicit, ipso jure subsistit, & opposita demum exceptione suspecti non valet. Vox enim *debet*, quæ invenitur in *d. l. 10.* non est præcise necessitatis sed & consilii. Vid. *ad. Obj. 4.*

INST. (3) quod nec priori casu judicium sit ipso jure nullum, per *L. 77. de jud.* ubi pater potest esse judex in causa filii, adeoque in causa propria, quia filius cum patre una persona est.

RESP. Unitas personæ in causis publicis non attenditur *supr. L. 1. t. 6. §. 19.* Unde ille casus in *d. l. 77.* non occurrit, ubi sibi ipsi jus dicit.

OBJ. (4) *L. 16. de offic. præsid.* ubi aliter deciditur, & permittitur jus suis dicere, sed parcissime, in quibusdam vero omnino admittitur.

RESP. Causa tamen est suspicionis, unde non tantum petente parte removetur, *d. l. 10.* sed & rectius facit, si ipse ultro abstineat, aut parcissime ita jus dicat. Hoc ergo partim consilii est ut, licet subsisteret, tamen satius sit ultro cedere, tum quia æquanimitatis hoc argumentum est in judice, tum quia honestius ultro recedere quam repelli. *dict. disp. th. 8.*

QV. IX. *An Jurisdictione pluribus mandata unus solus jus dicere possit?*

Laut. pag. 24. verb. Si pluribus sit &c.

NEG. per *cap. 16. c. 22. Off. jud. deleg.* cujus rei rationes sunt in *c. 21. in f. pr eod.* Quia contra formam rescripti unus procedit, cum pluribus causa commissa est, & excedit ille, qui solus cognoscit fines mandati. Additur quoque

quoque *d. c. 21.* quod hæc fuerit antiqua ſedis Romanæ proviſio, ut pluribus cauſarum cognitiones committantur, quia integrum judicium canonibus viſum ſit, quod plurium ſententiis confirmatur.

Obst. (1) Quod quilibet habeat jurisdictionem in ſolidum utpote cum ſit res incorporalis, quæ pro parte penes unum eſſe nequit.

Resp. Judices ſimul dati quaſi unum corpus & collegium conſtituunt, cui poteſtas illa competit omnesque unius perſonæ vicem gerunt, non ergo quisque eorum jurisdictionem in ſolidum habet, ſed omnes ſimul.

Obj. (2) *Cap. 14. Off. jud. deleg.* ubi mortuo altero alter tamen cauſam decidit.

Resp. Illud fit vi clauſulæ, *quod ſi non omnes*, vel quod idem eſt, ſamt und ſonders; de qua *quæſt. ſeq.* Nam in genere regula *d. c. 16. & c. 22.* exceptionem patitur, quod, ſi lege de legationibus expreſſum ſit, etiam ab uno cognoſci poſſit, *c. 42. x. h.* exprimi vero id adjectis illis clauſulis videtur.

Qv. X. *Si mandatur pluribus jurisdictio cum clauſula quod ſi non omnes, vel* ſamt und ſonders, *quid illa operetur?*

Resp. Effectus inſignis hujus clauſulæ eſt, quod unus ſolus in cauſa procedere poſſit, ſi reliqui vel nolint, vel non poſſint; Secus ergo ſi & reliqui poſſint, & parati ſint adeſſe, *quæſt. præced.*

Laut. p. 24. verb. Samt und Sonders.

Adeo autem clauſula hac addita unus, caſu exiſtente, procedere poteſt, ut nec ſubdelegatum impediti admittere teneatur, per *c. 34. in f. Off. jud. deleg.* quia clauſula illa, *quod ſi non omnes* tantum perſonalem impotentiam continet, ſi ſcil. perſonaliter intereſſe non poſſit, uti hoc additur *d. c. 34.*

Exc. Si ſolus noluit procedere, ſed demum cum altero, qui vero impeditus eſt, *c. 23. Off. jud. del.* Nam non valet tanquam judicium unius, utpote cum ſolus noluerit, nec tanquam utriusque, quia ſimul non potuerunt procedere, altero quippe impedito: & ſic quicquid agitur, eſt ipſo jure nullum. Illuſtratur hoc exemplo teſtamenti, quod ſolennitates teſtamentorum habet, hoc non valet tanquam codicillus, quia noluit teſtator codicillum facere, nec tanquam teſtamentum, quia forma juris deficit. Alia exempla hanc in rem afferuntur a *Dn. Par. in Diſp. de diff. pact. & ſtip. Sect. 1. §. 9. ſeq.*

Qv. XI. *An jurisdictione pluribus mandata, additaque clausula* si omnes non velint, *sub casu, ut ajunt, noluntatis contineantur casus impotentiæ?*

Præmittendum est, quod clausula, Samt und sonders 2c. duos casus contineat, si reliqui non *possint*, vel *nolint*; quorum priorem Dd. vulgo vocant casum *impotentiæ*; posteriorem casum *noluntatis*. Uterque vero sub clausula illa generali continetur, *c. 13. X. rescr. c. 23. off. jud. del.*

Quid si ergo saltem casus noluntatis exprimatur vel contra?

Resp. Uno casu expresso alterum quoque tacite comprehensum intelligi: Nam casum impotentiæ continere casum noluntatis, patet clarissime ex *c. 21. §. adjicimus &c. Off. jud. del.* atque ita e contrario casus noluntatis, casum impotentiæ. Ratio certa est: Cum enim in uno casu ab uno negotium decidi velit delegans, in aliis quoque casibus idem voluisse præsumitur; quod & in materia substitutionis accidit, ejusque clausula, *si hæres non erit*, quæ cum duplicem casum complectatur, si vel hæres esse nolit, vel non possit, alter sub altero dicitur contineri, *L. 4. de vulg. subst. L. 3. C. Inst. & subst. L. 22. ad SC. Treb. L. 16. sol. matr.* Quin eadem ratione si impuberi filio substituuntur, sive vulgariter sive pupillariter, tota species substitutionis omissæ continetur tacite sub expressa *d. l. 4. vulg. sub.* Quorum omnium eadem ratio est: Scil. quia uti testator substitutum, ita delegans delegatum aliis omnibus in hac causa prætulit, idque in uno casu declaravit, ergo si & alius casus existat, & quæratur, quem potiorem voluerit, dicendum erit, eum quem semel omnibus prætulit.

Qv. XII. *An mandans possit jurisdictionem mandatam post litem contestatam revocare?*

Dissent. Laut. p. 25. verb. *etiam post lit. cont.*

Negatur. (1) Quia ex eo quo res integra esse desiit, mandatum amplius revocari nequit, *§. 9. Inst. Mand. L. 3. C. de novat.* hic vero adito judice (nedum ergo lite contestata) desiit res esse integra, *arg. l. 18. h. t.* quippe obligatione quasi ex contractu jam nata & quæsita, quæ iterum tolleretur, & coram alio alia fieri deberet. (2) Ex *L. 49. §. 1. de jud.* ubi lite cœpta judices semel dati durant, etsi deficiat ille qui dedit. (3) Morte non tollitur mandatum post litem contestatam, ut ipse *Autor ait*, *L. 6. h. & c. 19. x. off. jud. deleg.* cur vero magis tolleretur per revocationem.

Obj. (1) Quod eadem sit jurisdictio mandantis & mandatarii: Adeoque etsi mandans revocet, judicium mutari non videtur.

Resp.

Resp. Eſt quidem eadem jurisdictio, ſed non idem judex.

Obj. (2) Non intereſſe partis:

Resp. Imo intereſt, quia ex litis conteſtatione partes invicem obligantur, & nova litis conteſtatio requiritur; nam ex ea, quæ coram mandatario facta eſt, non obligatur coram mandante.

Obj. (3) *L. 6. §. 1. Off. proconſ.* ubi proconſul jurisdictionem legato ſuo mandatam revocare poteſt.

Resp. (1) Supponitur ibi res integra, vel (2) ſaltem juſta revocandi cauſa, quia Princeps conſuli debet. Conf. *quæſt. 14.*

Qv. XIII. *Quomodo mandatarius jurisdictionis differat, tum a judice dato a Principe, tum a judice pedaneo?*

Resp. Differt a Judice dato a Principe. (1) Quod *hic* conſtituatur per modum legis & imperii, ut a ſuperiori, *Mandatarius* vero per modum contractus, tanquam a pari. Hinc (2) *judicis dati* jurisdictio non eſt eadem ſed inferior, *Mandatarii* vero eſt eadem, quia mandans non potuit novam jurisdictionem conſtituere, ſed ſolus Princeps: Indeque (3) appellatio ad Principem valet, *c. 20. c. 27. §. p. & ult. off. jud. deleg. L. 1. §. 1. Quis & a quo*, non ad mandantem. *d. l. 1.* (4) *Ille* ſubdelegat, vide *Dn. Lauterb. h.* non vero *hic*; *L. f. pr. off. ejus &c. l. 5. h* Differt quoque a Judice Pedaneo (1) qui itidem a ſuperiori vi jurisdictionis datur, *L. 12. ff Jud. L. f. ff. de Off. præf. urb.* (2) non habet executionem, ſed notionem, *l. 1. §. 2. Re Jud.* ſecus in mandatario *l. 1. §. f. l. f. §. 1. off. ejus &c* Indeque (3) alia ejus jurisdictio ac dantis. Ac proinde (4) ab hoc appellatur ad dantem &c. Alia vide apud *Wiſſenb. ad ff. L. 1. t. 21. §. f. &c.*

Laut. p. 25. verb. Huic jurisdictionis mandatario.

Qv. XIV. *An mandatario jurisdictionis ſimilis ſit legatus proconſulis?*

Neg. Nam eſſentialis differentia eſt, quod legatus non mandatam ſed propriam habeat jurisdictionem, a populo ipſi æque ac Proconſuli conceſſam. Nam ita (1) expreſſe propria dicitur *in l. 4. ff. Off. ejus. L. 12. h. t. L. 13. de Off. proc.* Hinc (2) appellatur a legato ad proconſulem; *L. 2 quis & a quo*, quod falſum eſſet, ſi pro mandatario haberi deberet. *L. 1. §. 1. eod.* (3) Proconſul pro lubitu eam revocare non poteſt, *l. 6. §. 1. ff. off. proc.* ſecus ſi eſſet mandata. *§. 9. Inſt. Mand.* Quin (4) multa legato competunt, quæ ſunt ſpecialis conceſſionis, uti tutores dare, *l p. h. L. 1 §. 1. tut. dat.* manumittere, *L. 1. §. 1. Man. Vind.* cognoſcere de criminibus *d. l. 6. pr. L. 11. off. proc. l. un.*

Laut. p. 20. verb. Nec per omnia legatus &c.

un. C. eod. quæ ſane non ex mandato, ſed jure proprio, competunt. Aliis quoque rationibus id probat *Wiſſenb. ad ff. L. 1. tit. 16. §. 4.*

OBJ. (1) *L. 13.* ibi: *nihil proprium habent, & L. 4. §. 6.* ibi: *mandare jurisdictionem legato ſuo &c. ff. de Off. Proc.*

RESP. Populus ipſe legato conceſſit propriam poteſtatem, at ea lege, ne eum exerceret niſi mandante proconſule, quo facto jurisdictionem habet non a Proconſule, ſed populo, non ex mandato, ſed lege, & propriam non alienam, *d. l. 4.* Mandatum ergo Proconſulis non eſt cauſa jurisdictionis legati, ſed Inſtrumentum, ſeu conditio ſine qua non &c.

OBJ. (2) *L. 6. §. 1. Off. proc.* ubi in arbitrio Proconſulis eſt non mandare vel auferre:

RESP. *Non mandare* in Proconſulis arbitrio non ideo eſt, quia propria jurisdictio non eſt, ſed quia populus non pure, ſed hac conditione, conceſſit, ſi Proconſul mandaret, in hujus enim favorem legatus additur. Neque huic

OBSTAT, quod Proconſul ingreſſus provinciam debeat mandare, *L. 4. §. 6. Eod. tit.*

RESP. Non ibi dicitur quod proconſul mandare debeat, ſed quod, cum mandaturus eſt, id poſt ingreſſum, non ante, facere debeat; uti ex ſequentibus verbis conſtat. Semel mandatum vero ſuo libitu *auferre* non poteſt, nam hic additur *conſulto Principe*, adeoque ſi juſta quædam cauſa accedit, & ea ſola quæſtio ibi tractatur, ſi e re viſum fuerit revocare, ut ſi appareat jam inhabilis &c.

OBJ. Morte Proconſulis deſinit jurisdictio legati, ergo non eſt propria.

RESP. Deſinit ideo, quia legatus proconſulis amplius non eſt, nam relationem ad hunc habebat.

OBJ. (4) *L. 4. pr. ff. de Off. ejus &c.* Ubi mandatæ jurisdictionis exemplum ſumitur a legato, & inde probatur, cognitionem ſuſpecti tutoris mandari poſſe, & generali mandato comprehendi, quia in legato proconſulis hoc ita reſcriptum erat.

RESP. In hac cauſa non potuit legatus niſi mandatarius videri: quia judicium ſuſpecti tutoris eſt criminale & publicum, quod nec ſub propria jurisdictione continetur, nec legato ſpecialiter a populo conceſſum fuit, in ea igitur, a cæteris mandatariis nihil differt. Cur vero mandari poſſit, rationem videbimus ad *tit. de tutel.* Eam igitur partem legatus ex mero mandato Proconſulis nactus eſt.

OBJ. (5) *L. 3. de off. proc.* ubi legis actio non dicitur eſſe penes legatum,

tum, & *L. 2. eod.* ubi non dicitur *talem* habere jurisdictionem qualem proconsul, i. e. non voluntariam.

Resp. Imo penes legatum æque est legis actio, & æque propria jurisdictio ac penes Proconsulem, scil. in provincia: Sed hoc speciale est, quod proconsul, antequam in provinciam veniret, potuerit voluntariam jurisdictionem exercere, *d. l. 2. pr.* talem vero jurisdictionem legatus non habet: *d. l. 2. §. 1.* Vox ergo *talem* non se refert ad voluntariam, sed ad eam jurisdictionem, quæ extra provinciam exerceri potest.

Dd. valde variant, vid. *Struv. Ex. 4. §. ibique evol.*

Hæc quæstio magis pertinet ad conciliandam rationem juris, quam ad usum & praxin Imperii.

Qv. XV. *An aliqua sit prorogatio præter eam quæ fit de persona in personam?*

Neg. *L. 14. ff. h. L. 13. §. 4. ad. Sc. Treb.* Non enim potest extendi jurisdictio (1) *de re ad rem*, & v. g. de mobilibus ad immobilia: Nam qui in illis tantum jurisdictionem habet, in his privatus est. *arg. l. f. h.* Nec (2) *de tempore ad tempus*: Unde jurisdictio magistratus æstivi vel annui extendi ad hyemale tempus vel ultra annum nequit; ratione enim hujus temporis privatus est. *arg. d. l. f.* Neque (3) *de loco ad locum*, ita qui in urbe jurisdictionem habet, extra eam plane privatus est. *arg. d. l.* Cum ergo & in alia re, & alio tempore, & in alio loco privatus sit, pars ei jurisdictionem dare nequit, per *text. express.* in *l. 3. C. h.*

Laut. p. 26. verb. *de persona in personam &c.*

Obj. (1) *L. 74 §. 1. de jud.* Ubi judex ad certam summam datus, ultra eam consensu partium judicare potest, quæ videtur prorogatio de re ad rem.

Resp. Ibi plane non fit prorogatio, quia in quantitate plures sunt summæ, revera non major quantitas, sed eadem summa bis in judicium deducta videtur. Hinc ergo qui judex est quoad 100. poterit consensu partium etiam de 200. judicare, quia singula 100. bis in judicium deducta videntur. *arg l. 29. pr. V. O.* Atque de tali *re majori*, i. e. majori quantitate, loquitur etiam *L. 28. ad municip.*

Obj. (2) *L. 2. §. 2. de jud.* ubi de tempore ad tempus prorogatio consensu partium fieri potest.

Resp. Non loquitur de jurisdictione temporibus restricta, sed de tempore intra quod causa dijudicanda est: Hoc in favorem partium additum est, adeoque hæ communi consensu inde recedere possunt.

Qv. XVI. *An hodie jurisdictio prorogari possit?*

Laut. p. 26. verb. *Hodie jurisdictio &c.*

RESP. Alii distinguunt inter Jurisdictionem Statuum & magistratus; hanc prorogari posse concedunt, non illam: *Schilt. Ex. ad ff. 6. th. 12.* quæ distinctio displicet *Dn. Stryk. U. M. h. §. 23.* *Alii* omnem hodie prorogationem cessare affirmant, *Struv. Ex. 4. th. 59. Boc. de jurisd. c. 7. n. 14. Paurm. L. 1. c. 27. n. 43.* *Alii* omnem prorogationem in foro admittunt. *Dn. Stryk. Us. M. h. th. 22.* nisi lege, vel a Principe prohibeatur. *ibid. th. 24.*

Verior tamen, & juri convenientior mihi videtur sententia distinguentium inter jurisdictionem, introductam in favorem *superioris*, & eam quæ constituitur in favorem *partium*. *Illam* prorogari hodie non posse, uti nec jure civili, tradit *Gail. L. 2. Obs. 40. n. 2. & n. 8. Fach. L. 1. contr. c. 61. Zang. de Except. part. 2. c. 1. n. 127. Dn. Par. disp. de Imp. in par. §. 31.* Unde dominus feudi vasallum alienæ jurisdictioni se subjicientem, avocare potest in causis feudalibus *Gail. d. l. n. 5.* Ita & consistoria causas ecclesiasticas, coram seculari magistratu ventilatas, avocare solent. *Gail. d. l. n. 7.* Quod adeo verum est, ut a magistratu, negante avocationem, appellare liceat. *Gail. d. l. n. 4.* *Hæc* hodieque prorogari potest, tradente ita *Gail. dic. loc.* quod rationibus confirmat *Dn. Par. d. disp. ff. 31.* *Cum enim*, ait, *partes privato arbitrio causam decidendam committere possint: Cur ergo non judici? Et alias reconventio quoque, quæ tacita prorogatio est, tollenda esset.*

Qv. XVII. *Quid sit Imperium merum, quomodo differat a potestate gladii, & an idem sit quod criminalis jurisdictio?*

Laut. p. 26. verb. *Criminalis jurisdictio &c.*

RESP. Crimina vindicare pertinet ad regalia & dicitur *potestas gladii.* Hinc apud Romanos populo tantum competit *L. 2. ff. 16. de O. I.* Hodie Imperatori cum Statibus in Imperio jure majestatis, ipsis Statibus vero in suo territorio jure superioritatis territorialis competit. *Dn. Par. Jur. publ. c. 23. ff. 13.* Solent vero Principes hanc quoque partem aliis mandare, & in specie concedere, atque tunc officium distinctum est a potestate Principis, & venit nomine *imperii meri. L. 3. ff. h.* (Quod mixto opponitur, non quasi mixta non sit causæ cognitio, sed qui non est mixtum officio ordinario & proprio) vel *jurisdictionis criminalis.*

Ex quo proinde apparet, utriusque nominis eandem esse significationem, eoque corruunt dubia quæ moventur apud *Dn. Struv. evol. ad Ex. 4. th. 74.* Hodie & a novioribus vocatur jurisdictio *alta*, item *superior*, Germanice varie, Hals- Blut- Hoch- Ober- Zent-Gerichte, peinliche Gerichte, hohe Malefiz-Obrigkeit, Blutbann, fraischliche Obrigkeit &c. Vid. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6. Carpz. Prax. Crim. Q. 109. n. 10. Kirch. de Jure super. c. 4. n. 36.*

Circa

Circa originem vocis Zent, & Zent-Gericht notandum quod apud veteres Germanos singulis centenis comites seu judices præfecti fuerint, Vid. *Tac. de Mor. Germ. c.* 12. quibus comitibus inprimis cura criminalium rerum commissa fuit. *Sagittar. antiq. Thur. p.* 235. Atque illi comites centenarii vocati sunt, *Sagittar. ibid. p.* 233. *seq.* & hodieque Zent-Grafen vocantur. Atque hæc ipsa illa est jurisdictio, quæ hodieque in terris immediatis Zent-Gericht appellari solet.

Differt autem ab hac jurisdictione das Send-Gericht oder Synd-Gericht, cujus judices causas Synodales, i. e. quæ ad rem ecclesiasticam pertinent, definiunt ac decidunt, mulctamque in his causis statuunt, unde judicia hæc Synodal-Gerichte, & tandem per corruptionem Send- vel Synd-Gerichte dicta sunt.

Est autem centena vel *plena*, quæ ad omnes causas criminales pertinet, *d. c.* 4. *n.* 184. vel *minus plena*, qua tantum ea, quæ in flagranti, non vero quæ in occulto fiunt, continentur: & communiter quatuor sunt, Mord, Brand, öffentlicher Diebstahl, & Noth-Zwang; dicunturque die 4 hohe Zent-Fälle, atque aliquando augeri solent: Uti late hæc explicat *Knich. d. c.* 4. *n.* 266. & *seq. Wehnerus voce* Zendt. *Besold. part.* 1. *voc. Cent.*

Qv. XVIII. *An Jure Canonico vel hodierno jurisdictio criminalis mandari possit?*

NEG. Quia jure civili id fieri prohibitum fuit, per *text. expr.* in *L.* 1. *pr.* & *§.* 1. *de off. ejus.* Nam ibi mandari non poterant quæ sunt specialis concessionis. *L.* 5. *ff. h.* Imperium autem merum in specie quibusdam concedebatur, *L.* 2. *§.* 16. *O. J. d. l.* 1. *pr.* & §. 1. Neque hoc ullibi vel moribus vel jure canonico mutatum est: Quin nostram sententiam moribus receptam testatur *Laut. h. ibique Dd. Hahn. ad Wes. h. t. n.* 4. *Struv. Ex.* 4. *th.* 81.

Laut. p. 26. verb. *Quod nec jure canonico* &c.

OBJ. (1) Quod Princeps hoc ipso mandet, cum magistratibus ea quæ imperii meri sunt permittit, conf. *c.* 4. *de rapt.*

RESP. Princeps non mandat jurisdictionem, sed eam tanquam superior primo constituit, dum potestatem gladii, quæ ipsi jure majestatis competit, alii jure officii concedit: quod tum sub nomine imperii meri venit.

OBJ. (2) Quod ex hypothesi juris Canonici Episcopi & clerici seculari magistratui committere cognitionem de criminibus debeant: Vid. *cap. pen. Ne cler. vel mon. Clem.* 1. §. 1. *de hær.*

RESP. Episcopi & Abbates jam tum regalia jura habebant. *Dn. Par. Jur. publ. c.* 15. §. 43. Hi ergo non suam jurisdictionem mandabant, sed potesta-

testatem suam gladii, aliis jure officii concedebant. Aliter Resp. *Dn. Berg. h. t.*

OBJ. Quod hodie civitates municipales, quin & nobiles mediati criminalia per vicarios quoque exercere soleant:

RESP. Mediati quoque regalia usu habere possunt, *Dn. Par. Jur. publ. c. 23. §. 57.* & tunc constituunt alii jurisdictionem, non vero mandant: Regulariter vero, si regalia non habent, nec mandare criminalem jurisdictionem poterunt.

Qv. XIX. *An castro in feudum dato* mit den Gerichten *etiam imperium merum concessum videatur?*

Laut. p. 27. verb. *Si castrum simpliciter &c.*

NEG. *Sive* concedens sit Princeps, tum quia concessiones sunt stricti juris, ita ut sub generali concessione non contineantur ea quæ sunt majoris momenti, nisi expressa sint: Tum quia concessiones facti sunt, adeoque plene ab allegante probari debent. *Sive* sit privatus, quippe qui mandare & alii conferre jurisdictionem criminalem nequit. *Leg. 1. pr. & §. 1. de Off. ejus.*

OBJ. (1) Quod omni jurisdictioni cohæreat Imperium. *l. 3. ff. h. l. s. off. ejus?*

RESP. mixtum, non vero merum *L. 1. §. f. off. ejus.*

OBJ. (2) *L. 7. §. 2. off. procons.* ubi Proconsul, cui jurisdictio est concessa, etiam criminalia exercet.

RESP. Ibi *plenissima* jurisdictio proconsuli est concessa, adeoque & in civilibus & in criminalibus, inprimis quia alius judex, qui de criminibus cognosceret, in provincia non erat constitutus.

OBJ. (3) Quod Principis beneficia latissime sint interpretanda, per *text. expr.* in *L. 3. ff. de const. princ.*

RESP. (1) Fallit hæc regula, ubi fortior est in contrarium præsumtio, uti si agitur de juribus majestatis & publicis, ibi enim præsumitur esse parcissimus: Imprimis & (2) quia conjunctum est præjudicium reipublicæ, cujus interest, ne jura publica ita promiscue privatis permittantur.

OBJ. (4) Quod vox Gerichten in praxi utramque jurisdictionis speciem contineat.

RESP. Verum si late vox sumatur, ast in concessionibus voces ejusmodi stricte esse intelligendas jam demonstratum est. Conf. *Struv. l. feud. c. 6. th. 18. n. 4.*

Atque

Atque hanc ſententiam praxi receptam eſſe teſtatur *Knichen. de inveſt. pact. part. 2. c. 1. n. 54. Struv. Ex. 4. th. 80. & Jur. feud. Ex. 6. th. 18. ibique Dd. Schilt. Ex. 6. th. 10. Dn. Stryk. U. M. h. §. 13. ibique Dd.* Quicquid diſſentiant *Carpz. part. 2. c. 40. def. 6. & Prax. crimin. part. 3. q. 109. n. 89. Dd. apud Schilt. & Dn. Stryk. d. l.* & *apud Muller. ad Struv. d. th. 80. lit. d. Dn. Pagenſt. 1. Sicil. §. 7.*

Exc. (1) Niſi omnimoda vel pleniſſima jurisdictio cum caſtro concedatur. *arg. l. 7. §. 2. verb. pleniſſimam ff. Off. ejus &c.* German. mit allen und jeden Gerichten: *Dn. Stryk. §. 13. h. Brunn. ad l. 3. ff. h.*

Dissentit *Knich. de Jure ſuper. c. 4. §. 36.* (2) Si vel moribus locorum, vel ex voluntate concedentis aliud appareat, *Muller. ad Struv. d. lit. d.* (2) Si imperium merum hactenus exerceri ibi ſolitum fuerit, *Dn. Stryk. diſp. §. 13. Muller. ad Struv. d. l.*

Qv. XX. *An Jurisdictio aliis conceſſa in dubio cenſeatur data cumulative, an privative, an ſubordinate?*

Laut. p. 27. verb. His modis regulariter privative &c.

Resp. Dependet hoc totum a mente concedentis, & titulo ſeu cauſa conceſſionis. Et *Primo* quidem ſpectandum inprimis eſt, quo titulo jurisdictio conceſſa ſit. Nam (1) in dubio, vel ubi id actum eſt, *cumulative* jurisdictio conceſſa videtur, *Berl. p. 1. concl. 2. n. 23.* (ubi 8. caſus cumulative factæ conceſſionis recenſet). Si vero (2) titulo dominii translativo, venditionis, donationis &c. conceditur, certum eſt, id quod ita conceditur, *privative* conceſſum intelligi, quia eo titulo a ſe transfert rem in alterum. *Berl. d. l. n. 2. & late ſeq.* Idem eſt (3) ſi jure feudi jurisdictio conceditur, tunc enim omnes effectus dominii utilis privative translati videntur: B. *Par. in Hyp. J. Feud. tit. fin. §. 12. Schilt. d. Exerc. VI. §. 12. Muller. ad Struv. Ex. 4. th. 8. lit. E.* Quod ſi non privatis titulis, ſed (4) jure imperii inferiori aliquid injungitur, *ſubordinatio* jurisdictionum eſt: Quo caſu Princeps, qui inferiores inſtantias conſtituit, illas revocare poteſt, *L. 58. de jud.* idque jure ſuperioritatis territorialis: Nam jus ſuperius territorii non venit conceſſa jurisdictione, adeoque nec eo ſe privare voluiſſe videri poteſt. *Stryk. annot. ad Laut. p. 27. Dn. Thil. in diſp. de Cit. jud. incomp. c. 2.* Adeo ut licet ſubditis promiſerit Princeps, ſe nolle primas inſtantias auferre vel mutare, non tamen voluntati Principis derogetur: Niſi titulo oneroſo acquiſita ſit jurisdictio: Conf. *d. c. 2.* Vel *Knich. de inveſt. pact. P. 2. c. 1. n. 88. Carpz. L. 2. Reſp. 11. n. 9. Berl. part. 1. concl. 2. n. 2.* Inſtantiæ illæ jure quodam proprio territorii competant, uti Statibus imperii; *Dn. Par. Jus publ.* qui proinde evocari per Cameram &c. non poſſunt.

Rumel. ad A. B. p. 2. diff. 2. §. 2. Si vero (5) precario transfertur jurisdictio, nihil juris transferri palam est.

Deinde vero alia quæstio est, an stricte an late concessa illa jurisdictio intelligenda sit, & *privativa* quidem strictissime plane intelligenda est, inprimis quoad jura Imperii & regalia. vid. *sup. quæst. 19.* Sed & quando *Subordinatio* fit, insigniora jura non intelliguntur translata, nisi id probetur. Vid. *infra quæst. fin.*

Qv. XXI. *An per nudum non usum jurisdictio patrimonialis amittatur?*

Laut. p. 27. verb. *Non etiam propter.*

NEG. Nam non potest imputari negligentia ei qui occasionem non habet, v. g. facinorosos puniendi, etsi per immemoriale tempus potestatem non exerceat, *Gail. L. 2. O. 60. n. 6.* Neque hic de præscriptione quæstio esse potest, quippe quæ supponit possessionem juris alieni, nemo autem aliquid tenet ab eo, qui non utitur. Vid. *disp. B. Parent. de Finib. b. j.* Secus ergo est (1) si quis potuit exercere, sed negligit longo tempore, tunc enim indignus est beneficio. *Gail. d. l. n. 6.* Secus quoque est (2) si denegat justitiam, tunc itidem amittitur jurisdictio: *Gail. L. 1. O. 28. n. 1. Carpz. p. 3. Quæst. 110. n. 76.* Idem est (3) si per præscriptionem amittit, uti si quis uti vult jurisdictione, sed prohibitus acquiescit, tunc enim tacite ea cedere videtur. *dict. disp.*

OBJ. *arg. L. 10. pr. & §. 1. & L. 18. Quib. mod. serv. am.* ubi servitutes rusticæ finiuntur per usum longo tempore intermissum, Conf. *l. p. C. de servit.*

RESP. Ibi casus est exceptionis nostræ primæ. Nam potuit ibi singulis momentis servitutem exercere: sed eam longo tempore neglexit, & interim aliunde v. gr. aquam quæsivit, tunc enim ipsa servitus non utendo amittitur: Jurisdictionis autem, inprimis criminalis, exercitium non ita dependet ex arbitrio partium, sed rarissime contingere solet: Si tamen contingit, & negligitur, pariter non usu illam amitti diximus. *arg. d. l. 10. §. 1.*

Qv. XXII. *An datus ad exequendum habeat etiam jus cognoscendi?*

RESP. *Si* exceptiones ab eo, contra quem executio fit, prolatæ, impugnant sententiam, & ipsa merita causæ, tunc executor non de iis cognoscit, sed ille qui sententiam protulit: *Si* impugnant modum & ordinem executionis, ipse

ipse executor cognoscet: *Brunn. Proc. Civ. c. 29. n. 12.* & *in C. L. 1. tit. 22. l. 4. Struv. Ex. 4. §. 45. ibique Dd.*

Qv. XXIII. *Quid juris, si plures jurisdictiones diversorum locorum concurrant?*

RESP. Explanatum id est a *Dn. Par.* in eruditissima disputatione de *Fundata in territoriis jurisdictione*, quam in pauca hic contraham.

Fundamentum est I. Quod Jurisdictio magistratus inhæreat territorio, omnibusque ejus partibus, personis, earumque juribus, actibus ac rebus eo comprehensis; *dict. disp. tit. 2. §. 1.* Idque in singulis partibus prolixe demonstratur *dict. disp. tit. 2. & 3.*

II. Fundata autem est illa jurisdictio vel in PERPETUUM; Idque vel ratione *personæ*, uti si persona ibi domicilium habet, indeque perpetuo jure ei subjecta est: Tunc enim poterit illa exerceri in civem, etiamsi absens, vel actus alibi gestus, vel res alibi sita sit, (neque enim tunc judex in rem alibi sitam exequitur, sed in civem suum, & de ejus jure, statuit) *l. ult. vers. fin. aut. C. de præscr. longi temp. Dict. tit. 2. §. 1. & tit. 4. §. 2. 3. & seq.* Vel ratione *rei sitæ*, quæ sub potestate territorii comprehensa est, *vid. Not. 1.* Vel AD TEMPUS: uti si persona alibi contrahit, aut delinquit, tunc subjicitur ejus loci jurisdictioni quamdiu ibi est. *tit. 4. §. 11. & 12.*

III. Hæc jurisdictio ita fundata, sive *in perpetuum*, sive *ad tempus*, exerceri saltem potest intra fines territorii; per *Not. 1.* Secus ergo si præjudicetur alienæ jurisdictioni, uti si extra territorium jus dicatur, concedatur &c. *Dict. tit. 2. §. 2.*

IV. Et his jam apparet, quid juris sit, si civis noster *alibi* domicilium habet, *alibi* disponit, delinquit, contrahit &c. *alibi* res sitas habet? Cujus jurisdictio in hoc concursu fundata sit, & cujus loci *forum*, *statutum*, *pœna*, *forma ac solennitas*, *onus*, *æstimatio* & *mensura* spectari debeat?

Nam vel I. agitur DE SOLA PERSONA, EJUSQUE QUALITATE, STATU ET CONDITIONE, UNIVERSOQUE PATRIMONIO; & tunc inspicitur *jus domicilii.* Ibi ergo *forum* competens est, & conveniri reus potest, etsi res alibi sita, vel gesta sit. Exceptis delictis, &c. *Dict. tit. 4. per tot.* Conf. *Quæst. ad tit. de jud. p. 103.* Ejusdem domicilii *statutum* inspicitur, indeque ibi demum jura nobilium legitimorum liberorum &c. concedi possunt; *Dict. Disp tit. 5. per tot.* Ita in nomina, & jura in personam succeditur juxta statuta domicilii, *tit. 8. §. 7.* In *pœnis* aliquid singulare est, de quibus statim

n. II. & III. Forma quoque quoad personarum negotia, quæ in domicilio est, observatur: *tit. 7. §. 10.* Sic *onera* personalia perpetua, quia & collectæ, quia universitati bonorum imponuntur, sequuntur jus domicilii. *tit. 9. §. 5. & 6.*

Vel II. agitur simul DE REBUS ALIBI SITIS, deque earum jure vel distribuendo, vel auferendo: Tunc hactenus inspicitur *forum* rei sitæ, *tit. 4. th 24. statuta* ejusdem loci observantur, *tit. 5. §. 3. Pœna*, quatenus ad res alibi sitas pertinet, juxta modum illius loci statuitur, *tit. 6. §. 7. & 8. Forma & solennitas* quoque tam ratione testamentorum, quam successionis, confirmationis &c. ratione illius rei ea inspicitur, quæ obtinet in loco, ubi res sita est. *Tit. 7. §. 4. 7. 8. 9. 14. 16. seq. & tit. 8. §. 3. Onera* rei imposita sequuntur jus loci, ubi res sita est: Hinc præstantur ab omnibus qui res sitas ibi habent, *tit. 9. §. 1.* Curator bonorum ibidem datur. *t. 9. §. 2.* &c. Æstimatio quoque ejus loci inspicitur, ubi res tradi debuit, *tit.* 10.

Vel denique III. agitur de ACTU ALIBI GESTO, & v. gr. *de contractu vel jure quærendo:* Tunc inspicitur *forum* contractus, ejusque loci ubi actus peragitur, & jus quæritur: Adeo ut executio ibi fieri possit, etiam in absentem, si bona ibi habeat *tit.* 4. §. 12. *Statutum* ejus loci, quoad hunc actum observatur, ubi actus peragitur. *tit. 5. §. 3. Pœna* ejus loci spectatur, quem delinquendo violavit. *Solennitas & forma* observari debet, tum in testamentis, tum in confirmationibus, qualis est in loco, ubi fit, *tit. 7. §. 2. 3.* unde & restitutio, curator litis, arrestum &c. ibidem impetrantur. *Onera* negotiis imposita, ut gabella, laudemium &c. præstantur juxta statutum rei gestæ. *tit.* 9. §. 11. *Mensura* denique in dubio observatur, quæ est in loco rei gestæ. *tit.* 10. §. 1. 2 9. *&c.*

Qv. XXIV. *Quid juris si plura jurisdictionum genera concurrant in eodem loco?*

Illustravit hanc quoque materiam *Dn. Parens in Disp. de Concurs. Plur. territor. jurisd.* ex qua principia itidem paucis delibabo:

Cum omnis jurisdictio cohæreat territorio, omnibusque ejus partibus, & personis eo comprehensis, vid. *quæst. præc. in pr.* Necessario inde infertur, quod pluribus jurisdictionibus concurrentibus quælibet earum, quoad causas ad eam pertinentes, fundata sit in toto loco, omnibusque ejus partibus, & personis non exemtis. *Dict. disp. de concurs. Plur. §. 6.* Hinc si magistratus Academicus & Urbanus in eodem loco sunt, unicuique in suos cives, eorum res & actus, in quacunque urbis parte sint, jus competit.

OBJ.

OBJ. Quod in oppido tantum videatur competens judex esse magistratus oppidanus.

RESP. In tali oppido duplex forum concurrit, quod utrumque in omnibus urbis partibus fundatum est. Hinc licet civis Academicus in urbe commoretur, vel res ejus mobilis ibi inveniatur, non tamen subest foro oppidano, sed universitatis, quippe quæ æque forum ibi habet, quod per totum oppidum in personis ac rebus universitatis fundatum est. *dict. Disp. §. 8.*

Hinc jam planæ evadunt omnes illæ a Dd. adeo agitatæ quæstiones. Nam (1) Judex v. gr. Academicus fundatam habet jurisdictionem in personas studiosorum, eorumque actus & res, licet in oppido commorentur, vel ibi gesti, vel eo translatæ sint, *dict. Disp. §. 7. & 8.* Indeque (2) eorum alienationem, si opus est, suo decreto confirmare debet. *ibid. §. 8.* (3) Ex ædibus oppidanis citare civem potest. *ibid. §. 17.* (4) Delinquens in oppido coram suo magistratu sortitur forum. *ibid. §. 11.* Adeo ut concurrente curia Principis & senatu oppidano, delinquens officialis ad Principis curiam remitti debeat: *dict. Disp. §. 12. & seq. Heig. p. 2. q. 25. n. 13. &c. &c.*

QU. XXV. *An si officialis Principis, Professor, advocatus &c. in ædibus civicis commorantur, ibique moriuntur, eis succedatur juxta statuta loci, an ex jure fori privilegiati?*

RESP. Distinguendi sunt casus: *Vel* enim is qui antea civis fuit, dignitatem acquirit, eoque forum privilegiatum nanciscitur: *Vel* is qui antea in dignitate constitutus fuit, postea civis fit.

Illo casu civis retinet forum suum civicum extra officii causas, nisi in specie ei renunciatum probetur. *Hoc* casu retinet forum suum dignitatis, nisi probetur eum se submisisse jurisdictioni Municipii: de utroque casu nunc plenius agemus.

PRIORI igitur CASU si civis aliquis, adepta dignitate v. g. consiliarii, maneat in ædibus suis civicis, suumque domicilium ibi continuet, nec forum expresse mutet, ibique moriatur, successio in ejus bona fit juxta statuta civica: Domicilium enim semel legitime constitutum tamdiu durat, donec id mutatum probetur. *Mev. p. 5. d. 163. Masc. præs. l. 6. præs. 42. n. 12. Laut. Comp. pag. 101.* Non autem probatur mutatio per solam adeptionem dignitatis; Exinde enim saltem infertur ratione illius dignitatis & officii civem illum subesse jurisdictioni concedentis, salvo foro domicilii: *Mev. J. Lub. proœm. q. 3. n. 45.* Unde ratione officii non nisi in foro privilegiato conveniri potest. *Christinæ. V. 2. d. 167. n. 9.*

Atque

Atque hanc ſententiam defendit *Mev. ad Jus Lub. procem. q. 3. n. 45. Zahn. poſit. Mun. L. 1. c. 16 poſ. 8. Stryk. de for. princ. c. 2. n. 29. & de domicil. th. 80.* Equidem ingens numerus diſſentientium hic cumulari ſolet, ſed illi theſin hanc non impugnant, ſed de altero caſu loquuntur, ubi is, qui in dignitate conſtitutus eſt, civis fit, de quo mox agemus.

Atque pro ea regula judicatum eſt a Summo Tribunali Berolinenſi d. an. • • in cauſa der Kopkiſchen Geſchwiſter c. die : : Kinder, caſus ibi fuit, ubi conſul & civis civitatis Magdeburgenſis conſiliarius regis factus, deceſſit relictis fratribus & fratrum liberis, (qui poſteriores juxta ſtatutum loci excludebantur a ſucceſſione patrui). Acriter igitur diſceptatum fuit, an defuncto ſuccedatur ex jure ſtatuti, an ex jure fori privilegiati, & deciſum fuit ſucceſſionem fieri juxta ſtatuta loci, quia defunctus conſul manſit, ædes civicas inhabitavit, domicilium ibi continuavit, & ibi mortuus eſt.

Regula autem antea poſita (1) extra omne dubium poſita eſt quoad immobilia ſub jure municipii ſita, nam immobilibus ſucceditur juxta ſtatuta rei ſitæ, etſi domicilium defunctus ibi non habuiſſet: *Carpz. p. 3. c. 12. d. 12. Stryk. de ſucceſſ. ab int. Diſſ. 1. c. 4. §. 2. B. Par. in diſp. de fund. in territ. juriſd. tit. 8. §. 3. & 10.*

Sed & (2) vera eſt illa regula in mobilibus, & ibi quoque ſucceditur juxta jura Municipii: cujus rei rationem allegant, quod mobilia in certo loco ſita non ſint, ſed perſonam potius ſequantur: *Stryk. d. diſſ. 1. c. 4. §. 3. ibique Dd.* & quod mobilia oſſibus & perſonis inhæreant. *Carpz. p. 3. c. 12. d. 14. idem Reſp. 38. & 79.* Quæ ratio vera non eſt: Rectius dicimus, ideo in mobilibus inſpici forum domicilii adeoque jus Municipii, quia in loco domicilii, quod ſequuntur, ſitæ videntur. Nam res mobiles plerumque in loco domicilii ſitæ ſunt, eas enim nobiſcum habere ſolemus, in domicilii loco cum fortunis & facultatibus noſtris, vel maxima earum parte, conſiſtimus. *L. un. C. ubi pet. pup. L. 27. ſ. 2. verb. inſtructus æqualiter ff. ad Municip. L. 2. C. ubi Sen. vel Clar.* Quin ipſo domicilio res mobiles, ibi ſitæ, continentur, quippe quod paterf. conſtituit, non tantum ut ipſe habitet, ſed & ut res ſuas mobiles eo aſſervet atque cuſtodiat: Quæ late tractat *B. Par. d. tit. 8. §. 4. 5. & 11.*

Adeoque ſuccedìtur etiam in mobilibus juxta ſtatuta loci, ubi defunctus domicilium habuit: Vid. *Carpz. & Stryk. dd. ll.*

Idque verum eſt, etſi mobilia extra domicilium tempore mortis inveniantur, & ad tempus alibi translata fuerint, *H. Piſt. O. 55. Mev. p. 2. tit. 2. art. 10. n. 22. Richter. de Succeſſ. ab int. procem. n. 33. Muller. reſ. March. 4. Weſenb. Conſ. 49. n. 21. Coccej. d. t. 8. ſ. 4.* quia res illæ ſolebant in foro domicilii

micilii esse, & ut ibi sint destinatæ præsumuntur: quod late explicat *B. Par. d. disp. de fund. in territ. Jurisd. tit. 2. §. 4.*

Aliud tamen est si res mobiles in alium locum perpetuo translatæ ac eo destinatæ sunt, vel tanquam accessio rei immobilis, uti instrumenta fundi, vel natura sua, ut pecudes ex contractu socidæ, Eisern Vieh &c. vel alia destinatione patrisf. ut lecti, sedes &c. ad usum forte prætorii destinati: cujus rei rationem exponit *B. Parens d. tit. 8. §. 4. & 5.* In his igitur rebus non inspiciuntur jura domicilii, sed jura ejus loci ubi res tempore mortis extra domicilium sunt: Vid. *late Dd. apud B. Par. d. §. 5. Stryk. de Success. ab int. Diss. 1. c. 4. §. 5. ibique late Dd. Carpz. p. 3. c. 12. d. 16.*

Denique & (3) in nomina quoque & jura succeditur juxta statuta loci, ubi domicilium defunctus habet: Illa enim non sunt certo loco sita, sed personæ creditoris ejusque ossibus quasi inhærent, qui tempore mortis subjectus fuit loco domicilii, eaque potestas post mortem quoque in juribus personæ durat. *B. Par. d. disp. tit. 2. §. 2. & tit. 8. §. 7.*

Ampliatur autem regula a nobis tradita, etsi extra domicilium moriatur, quod late rationibus probat *B. Par. d. tit. 2. §. 1. 2. & 6.* item *tit. 8. §. 7.* Conf. *Stryk. de differt. 1. c. 4. §. 3. Carpz. p. 3. c. 12. def. 12. & 13.*

Regula igitur firma & immota manet, quod civis, adepta dignitate, retineat forum civicum, nec mutasse videatur domicilium adeoque ei mortuo succedatur juxta statuta municipii, non juxta statuta fori privilegiati. Videamus jam exceptiones.

Excipitur autem (1) si civis adepta dignitate foro suo civico renunciet, adeoque domicilium mutet: *Mev. præl. qu. 3. ad Jus Lub. n. 45. Stryk. de for. princ. c. 2. n. 29. & de domicil. th. 50. Myler. Harpol. c. 9. §. 8. Schilt. de J. peregr. §. 43.* Atque hinc in casu ante allegato per tres conformes sententias injunctum fuit actoribus, daß Sie zuforderst erweisen müsten, daß der defunctus nach erhaltener Regierungs-Raths Charge seinem vorigen foro renuncirt habe.

Exc. (2) Si res immobiles extra domicilium sitæ sint, illæ enim semper sequuntur jura loci ubi sitæ sunt: Vide late *B. Par. d. tit. 8. §. 3. Stryk. de Success. ab int. Differt. 1. c. 4. §. 2. ibique late Dd.*

Posteriori casu, si is qui officialis Principis, professor vel advocatus est, ædes civicas emit, vel in ædibus civicis commoratur, in contrarium dicendum est, retinere eum forum suum privilegiatum, quia mutatio domicilii non præsumitur sed probari debet: Idque uno ore omnes testantur *Muller. Rer. March. IV. Christin. 2. dec. 167. n. 5. Mod. Pist. 1. qu. 41. Carpz. p. 3. c. 12.*

def. 16. *Mev. J. Lub. proœm. q. 3. n. 33. & L. 2. t. 8. art.* 10. *& p. 5. dec.* 163. *Brunn. in l.* 17. *n. 4. ff. ad Municip.* Sed & duo præjudicia affert *Muller. d. l. Stryk. d. differt.* 1 *c. 4. ʃ. 4. Mev. p. 5. dec.* 162. *n. 3. & 5. Struv. Ex. 38. §. 44. B. par. disp. tit. 8. §.* 11.

Exc. (1) Si talia bona civica possidet, quæ necessario domicilium inferunt. *Mev. d. q. 3. n.* 33. 38. 39. uti si nemo ædes civicas possidere potest, als der Feuer und Heerd in der Stadt hat.

Exc. (2) Si renunciaverit expresse foro privilegiato, adeoque domicilium mutaverit, vid. *Dd. supra allegatos.*

Exc. (3) Bona immobilia sub jurisdictione civica sita, ut si ædes civicas possideat: ratione harum ædium enim subest foro rei sitæ & sic juxta ejus loci statuta succeditur *Mev. ad Jus Lub. proœm. q. 3. n.* 27. *& seq.* item *num.* 42. 43 44. ubi quibusdam statutis contrarium obtinere probat. Conf. *Richt. d. l.*

Qv. XXVI. *Si plures delinquunt, an quisque teneatur in solidum, & an unius solutio reliquos liberet?*

Laut. p. 28. verb. *Actori adjud.*

Resp. Si plures delinquunt, singuli in solidum tenentur, neque unus conventus exceptionem divisionis opponere potest, sed quia causa est damni dati, & injuriæ, illam reparare tenetur: Atque ita generaliter ponitur regula in *l. 5. §. p. ne quis cum qui in jus voc. L. 7. §. f. h.* Idque verum est, licet unum tantum factum sit, & v. g. plures unum furtum commiserint, vel unum consilium dederint. *L. 9. ff. h. L. 21. §. 9. furt. L. 6. pr. §. 1. Arb. furt. cæs.*

At alia quæstio est, an unius præstatio reliquos liberet? & tunc distinguitur: An læsus agat ad *rei persecutionem*, an *ad pœnam? Priori* casu unius præstatione liberantur reliqui, nam læso nihil amplius abest, adeoque nec contra reliquos amplius agere potest. *pr. Inst. de Act. L. 7. §. f. ff. quod falso tut. ibi perceptione ab uno facta & reliqui liberantur. arg. l. 11. ʃ. 2. L. aquil.* ibi: *Nam ex Lege Aquilia quod alius præstitit alium non relevat NB. cum sit pœna. Posteriori* casu unius præstatio tunc reliquos liberat, si unum factum est, non vero si *plura: Illo* enim casu unum tantum est damnum, una injuria, adeoque una tantum pœna, quam proinde si unus sustinuit, reliqui liberantur, utpote cum unius delicti non nisi una sit æstimatio. *l. 9. h. l. 32. pr. L. Aquil. l. 6. pr. & §. 1. arb. furt. cæs. Hoc* casu duæ sunt injuriæ, adeoque & plures pœnæ. *d. l. 9. junct. l. 8. h.* Una proinde præstita, reliqui nondum liberantur, sed & injuriæ a se commissæ æstimationum præstare tenentur, uti ratio hæc additur *d. l. 9. & l. 11. §. 2. ad L. Aquil.*

Atque ita conciliantur textus juris admodum diverse loquentes; Neque in praxi aliquid mutatum apparet.

Qv. XXVII.

Qv. XXVII. *An pœna hujus edicti tribuenda sit actori?*

AFFIRMAT *Autor. h. t. Vinn.* §. *12. act. n. 3. Gomez. ib. n. 29. Schneid. ibid. n. 28.* Sed rectius

Dissent. Laut. p. 28. verb. Adversus singulos.

NEGATUR. Et potius dicendum in popularibus legem varie pœnam tribuere. *Aliquando* enim & regulariter illa cedit fisco *L. 3. ff. 5. & 6. de sepulchr. viol.* quia jus partis non est; neque ex natura actionum popularium pars suum jus privatum petit. *L. 3. in f. pop. act.* *Aliquando* dividi solet inter actorem & fiscum, si scil. utriusque jus violatum est. *L. 25. §. f. SC. Syllan.* Atque hoc in nostro casu juris esse patet *arg. l. 9. h. t.* idque ita obtinere docet *Bus. ad d. l. 9. n. 3.* *Aliquando* soli actori tribuitur. *L. 12. V. S. l. 5. ff. 5. his qui effud. L. 3. in f. pop. act.*

OBJ. *L. 12. V. S.* ubi dicitur quod actor in populari actione sit creditor;

RESP. Verum est in iis casibus ubi lex actori pœnam tribuit.

Qv. XXVIII. *An hodie adhuc directa actio de albo corrupto obtineat?*

RESP. *Directa* non obtinet, quia album prætorium penitus cessat. *Dn. Stryk. U. M. h. §. f.* Ast *utilis* hodie datur, si aliquid perpetuæ jurisdictionis causa in quacunque tabula proponitur: *Dn. Stryk. d. l.* Pœna vero non amplius est 500. aureorum, uti jure Romano, *L. 7. Jurisd. §. 12. de act.* sed arbitraria. *Dn. Par. Hyp. de Act. §. 15. Schultz. ad tit. de Act. lit. k. Vinn. ad §. 12. de act. Bus. ad. L. 7. h. n. 4.* Pro reliquis albis, quæ non perpetuæ jurisdictionis causa proposita sunt, nec utilis dabitur.

Laut. p. 23. verb. Hodie utilem.

(DISSENTIT *Vinn. d. l. n. 2.* Ubi privatam actionem eis, quorum gratia edictum propositum erat, concedit). Sed solus fiscus ibi arbitrariam violanti infligit pœnam; & hæc nec popularis, nec etiam tanta erit, *arg. l. 9. ff. h. Gomez. ad §. 12. de act. n. 15.* ubi id praxi observari tradit.

Qv. XXIX. *Quis hodie tituli de Jurisdictione sit usus?*

Sunt qui nullam, vel exiguam saltem, hujus tituli esse utilitatem putant; & qui immutatam plane esse veteris jurisdictionis rationem contendunt, adeo ut perniciosos illos JCtos autumet *Mevius*, qui de hodierna jurisdictionis forma ex legibus Romanis censent. *part. 4. dec. 290. n. 7.*

Equidem negari non potest, admodum confusam esse hanc materiam, & ingenti Commentatorum in eam copia & varietate perplexam redditam esse; adeo ut *Carpz. l. 1. Resp. 49. n. 3.* Imperatoriam decisionem desideraverit:

Causæ confusionis præcipuæ hæ videntur: Quod (1) commiscent potestatem Statuum Imperii, cum Jurisdictione illa quæ Romæ magistratibus competiit, quæ planæ differunt, cum Status propriam & talem habeant in suis territoriis potestatem, qualem Imperator ipse in Imperio habuit, & toto genere distincta est a potestate magistratuum. (2) Quod pariter confundunt jurisdictionem, quam hodie magistratus municipalis, aliique, qui jurisdictioni a superiore præfecti sunt, & quæ hodieque ex jure civili, nisi singulariter aliquid immutatum appareat, exponenda est, cum illa, quam quidam titulo quodam patrimoniali & hæreditario, ex jure feudi, aliove, acceperunt, & cum rationibus juris civilis itidem non convenit.

Hoc discrimine observato, haut obscura erit materiæ hujus hodierna praxis. Nam (1) *Imperium* illud *merum* & *mixtum* accurate respondet divisionibus modernis in *Altam* & *Bassam*, item in *superiorem* & *inferiorem*, & denique in die Centbarliche und Vogteyliche Obrigkeit. Ut proinde in dubio omnes hæ divisiones ex jure civili explicandæ sint, uti egregie id probat *Dn. Stryk. U. M. h. §. 8.* Vid. *sup. quæst. 5.*

(DISSENT. *Schilt. Exerc. ad π. 7. §. 7. & 13.*) donec moribus locorum, vel ex mente concedentis, præterea iis concessum aliquid probetur: *Consil. Argent. T. 1. c. 19.* Porro & (2) Uti jure Romano quædam sunt magis Imperii, quædam magis jurisdictionis, & prior illa non nisi majori magistratui competit, *L. 4. de Jurisd. L. 26. §. 1. ad Mun.* ita illa *Bassa* jurisdictio dividi hodie solet, in *mediam*, & *Bassam* in specie: *Schilt. Ex. 6. §. 7.* Ad *illam* quæ magis imperii sunt refero, eaque per vocem hohe Erbgerichte denotari puto, (de qua adeo disceptatur apud *Schilt. d. §. 7. lit. e.*) Ad *hanc* illa quæ magis jurisdictionis sunt, commode referri possunt. Conf. *supr. qu. 6 in fin.* Aliter Longoval. apud *Schilt. d. §. 7. & 13.* ubi varias species hodiernæ jurisdictionis examinat. (3) Hodieque nuda illa notio juris communis superest. Vid. *quæst. 5. in fin. Schilt. Ex. 6. §. 7. in fin.*

LIB. II.

LIB. II. TIT. II.

QUOD QUISQUE JURIS.

Qv. I. *An pœna hujus edicti transeat ad hæredes?*

AFFIRM. *L. 3. §. 5. h.* ibi: *Sed etiam hæredi ejus.*

OBJ. Quod pœnæ prætoriæ non dentur contra hæredes, *L. 31. O. A. ibique Dd. L. 9. §. 1. quod falso tut. L. 9. §. 5. reb. aut. jud.* Actio autem ex hoc edicto est pœnalis prætoria, *L. 3. §. 5. h.*

Laut. p. 28 verb. *ac eorum hæredes.*

RESP. Regula illa vera est de pœnis, quæ propter solum dolum, adeoque unice contra personam dantur: sed hæc pœna non afficit solam personam ejus qui jus novum impetrat, sed cohæret v. g. actionibus, quas impetrans jus iniquum contra alios forte intentare potest: Uti ergo actiones illæ transeunt ad hæredes, ita & pœna quæ actionibus illis cohæret, *d. l. 3. §. 5. L. 68. R. J.* Quin hæc causa est, cur pœna quoque ad fidejussores, si accedunt negotiis quibus privilegium illud pœnale cohæret, pertineat; *d. l. 3. §. 3.*

Aliter RESP. *Bus. ad d. l. 3. §. 5.* Aliter *Brunn. ff. ad d. l. 3.*

Qv. II. *Quis hodie hujus edicti sit usus?*

RESP. I. Si Magistratus jus novum & iniquum cum effectu atque dolose statuit, ipse eodem jure *hodieque* uti debet, *Dd. ad L. 1. h. t.* Ac præterea olim varie puniebatur, *L. f. C. de pœn. jud.* Hodie concurrit pœna arbitraria ex Syndicatu. *O. C. p. 3. t. 53. §. 1.*

Ex quibus sequitur, magistratum nec hodie teneri ex hoc edicto, si per imperitiam assessoris iniquum jus statuerit, *L. 2. h.* quia dolus cessat. Sed tum ex quasi delicto tenetur, ac litem suam facere dicitur, *pr. Inst. de obl. quæ quas. ex del.* hodieque *O. C. p. 3. t. 53. §. 5. Hyp. Dn. Par. tit. obl. quæ quas. ex del. §. 1. Bus. ad d. l. 2.*

NOT. Utilis quoque actio ex hoc edicto datur contra JCtos qui causa rite proposita dolose consuluerunt, *Bus. ad d. l. 2. Brunn. ibid.* Si vero per imprudentiam, tenentur itidem ex quasi delicto, quia publice peritiam profitentur. *Dict. Hyp. Phil. Us. pract. Inst. L. 4. Ecl. 39.*

II. Quoties civitas, vel privatus aliquis jus novum iniquum impetrat, vel eo utitur, etiam contra se idem jus admittere tenetur: *L. 3. pr. seq. h.* Usus ejus *hodieque* non tantum inter *Gentes* est, nam Galli, Angli &c. ab hæreditatibus Germaniæ excludi juste possunt, quia Germani in Gallia & Anglia excluduntur. *Brunn. ad L. 3. ff. h. n. 6. & n. 8.* Sed & inter *privatos*: Adeoque cum in aliquo loco obtinet Gerada, census emigrationis vel detractionis, usuræ ultra quincunces, decimæ, arresta &c. civis ejus loci, si in alio loco hæreditatem petit, aut ibi ad decimas, usuras &c. tenetur, eodem juri uti debet, licet alias jura illa ibi non obtinerent. Idque exemplis docet *Brunn. d. l. Illustr. Dn. Stryk. U. M. h. §. 2. seq. Dn. Pagenst. 1. Sicil. §. 41. Bechm. Ex. 1. n. 66.*

Æquitas hujus edicti consistit in jure illo talionis, quo quis tantundem pati debet ac ipse agit, quod Gentibus adeo celebre fuit atque jus Rhadamantium vocatur, & in Sacra Scriptura quoque passim commendatur: Vid. *Grot. L. 2. c. 20. §. 1. n. 2.*

LIB. II. TIT. III.

SI QUIS JUS DICENTI ETC.

Qv. I. *An hæc actio sit popularis?*

Laut. pag. 28. verb. popularis.

NEG. Nam jus saltem judicis hic est, quod non comparendo violat, adeoque cum ejus saltim intersit, ei quoque soli datur actio. Hinc in *L. un. pr. h.* dicitur, *quod Magistratibus concessum sit jurisdictionem SUAM defendere pœnali judicio;* Populi autem nullo modo interest, quid enim ad reliquos cives pertinet, quod Titius nolit comparere: Conf. *L. 1. de popul. act.*

Hinc etiam hæc actio datur ad id quanti ea res est, *L. un. §. 4. h.* i. e. quanti est offensio & contemtus magistratus, nam de injuria magistratui illata hic quæritur. *Brunn. parat. W. h. q. 2. Laut. p. 29. pr. Brunn. ff. h. n. 2.*

Qv. II. *An hæc actio tantum detur contra eos qui majoribus magistratibus non obtemperunt?*

Laut. p. 28. verb. Majorum Mag.

NEG. Sed & contra eos qui minorum magistratuum jurisdictionem violant. *L. un. pr.* ibi *omnibus magistratibus h. t.* Nam ratio quoque generalis est *d. l. un. pr. quod magistratibus concessum sit jurisdictionem suam defendere pœnali judicio.*

dicio. Atque ita in genere quoque concluditur *l. 2. ʃ. f. de jud.* quod quilibet magiſtratus qui jurisdictionem habet, jus pœnæ habeat.

OBJ. *d. l. un. pr.* Ubi duumviri, qui ſunt minor magiſtratus, excluduntur.

RESP. Hoc non ideo eſt, quia minor ſunt magiſtratus, ſed quia non totum magiſtratum, verum ejus partem ſaltem conſtituunt. *L. 6. ʃ. 1. quod cujusque un. L. 4. §. 4. damn. inf.*

Atque id praxi obſervari ait *Laut. in f. h. Habn. h. t. n. 1. Brunn. ff. h. num. 1.*

Qv. III. *Quænam ſint alia media coërcendi contumaciam non comparentis?*

RESP. (1) Denegatio jurisdictionis, *L. 26. §. 6. ex quib. cauſ. maj.* (2) Miſſio in bona, inprimis ſi res ſoli ſint, *L. 2. l. 7. §. 1. Quib. ex cauſ. in poſſ.* (3) Captio pignorum, ſi res mobilis ſit, ſecundum ordinem *legis 15. §. 2. re jud.* (4) Proceſſus in contumaciam in cauſa principali, *l. 13. C. jud.* (5) Arreſta, vincula, carcer, relegatio, bannus &c. *Old. Claſſ. 1. act. 2.* (6) Apprehenſio per apparitores, *l. 15. §. 2. injur. l. 8. C. quand. & quom. jud.* (7) Sequeſtratio, *Clem. un. ſequeſt.* (8) Manus militaris, *l. 68. rei vind.*

Laut. p. 29. verb. de aliis mediis.

Sed poſteriora hæc media ſunt extraordinaria, quando reus reſiſtit, & vel non patitur rem mobilem duci, aut pignora capi, vel miſſum in bona non admittit, &c. Conf. *inf. tit. V. q. 1. in fin.*

LIB. II. TIT. IV.

DE IN JUS VOCANDO.

Qv. I. *An Vaſallus dominum in jus vocare poſſit?*

Alii AFFIRMANT, *Clar. q. 25. §. feud. n. 1.* Dd. apud *Olem. Diſp. feud. 10. n. 13. Brunn. ad L. 13. ff. h.* ibique Dd.

Laut. p. 29. verb. De feudi dominio.

Alii NEGANT, *Olem. d. n. 13.* qui ſuam ſententiam in Camera, & *Dn. Stryk. U. M. h. §. 3.* qui generali praxi eam receptam dicit. Nos diſtinguimus inter cauſam *civilem & criminalem*: Et *illa* dominus in jus vocari poteſt per *text. expr. in 2. f. 33. §. 1.* etiam ſine veniæ impetratione, quia hodie reus non

non privata autoritate in jus vocatur, ſed a magiſtratu: *Mynſ. 4. Obſ. 92. Dn. Par. Hyp. J. feud. tit. 13. §. 13. & tit. 6. §. 24.* Ex *hac* nec cum veniæ impetratione in jus vocari poteſt, tum quia eſt inſtar patroni, contra quem hujusmodi actiones inſtitui, ob reverentiam ipſi debitam, nequeunt. *L. 5. Obſeq. patr. præſt.* tum quia indignum videtur, vaſallum ſeſe ingerere actioni, quam quilibet e populo intentare poteſt, idque ita traditur in *2. f. 33. §. 1. in fin.* ibi: *Quidam tamen dicunt in criminali non licere in civili licere. Dn. Par. dict. hyp. tit. 6. §. 24.* Atque hæc ſententia ex eo quoque confirmatur, quod vaſallus in juramento fidelitatis caveat ſe non exſtiturum delatorem domini: Unde in *2. f. 24. §. 2. verſ. item* inter capita feloniæ refertur, *ſi delator domini ſui exſtiterit, & per ſuam delationem grave diſpendium eum ſuſtinere fecerit:* Quod proinde ad ſola criminalia pertinet.

DISSENT. *Bitſch. ad 2. f. 33. n. 6. Roſent. de feud. c. 10. concl. 23. n. 25. & ſeq.*

Qv. II. *An antiqua in jus vocatio obtorto collo fieri potuerit?*

Laut. p. 29. verb. *dura.*

NEGAT. *Bach. ad Tr. V. 1. diſp. 4. th. 1. h. Vinn. ad Inſt. de Act. §. 12. num. 3.* Rectius vero

AFFIRM. (1) *arg. l. 103. ibi extrahi, de R. I. L. 21. h. t. & l. 18. ibi vim inferre, h. t.* hinc (2) quædam perſonæ, quibus debetur reverentia, vel plane in jus vocari non poterant, vel non niſi impetrata a prætore venia. *L. 4. §. 1. L. 13. h. t.* Idque (3) ſcriptores Romani communi ore teſtantur: *Plaut. in Rudent. act. 5. Sc. 2. Terent. in Phormion. act. 5. Scen. 8. Horat. L. 1. Serm. Satyr. 9.* Denique & (4) ipſa lex 12 tabb. hujus rei fidem facit, *Si in jus vocatus non eat, manum injicito &c. Goth. Fragm. LL. 12. tabb. tit. 7. Leg. 4.*

Rationem Dd. ponunt in ſanctimonia fidei, quam fallere videntur illi qui debito ſuo ſe exolvere detractant *Dn. D. Thil. in Diſp. de cit. jud. incomp. cap. 1. §. 7. & 8.* cujus proinde violationem graviſſimis Romani coercebant pœnis.

Hodie omnis citatio fit publica autoritate. *Laut. p. 29 in fin. ibique Dd.* indeque (1) privata illa ceſſat, *dd. ll.* (2) Non opus eſt veniæ impetratione, *ibid. Laut. p. 30. pr. ibique Dd.* Nec ſi parentes citantur, *Illuſt. Dn. Stryk. U. M. h. §. 2.* Neque præciſe opus eſſe exprimere reverentiæ vinculum ex plurimis actis obſervavi.

DISSENT. *Schilt. Ex. 7. th. 7.* Si tamen actio famoſa ſit, vel alio modo in reverentiam impingat, hodieque in factum temperari debet. *Dn. Schilt. d. l.* Ipſam tamen veniæ impetrationem in Ducatu Wurtemb. obtinere tradit *Dn. Stryk. d. l.* de Francia quoque id teſtatur *Schilt. Ex. 7. th. 7.* de Jure Prutenico

tenico vide *J. Prov. Prut. L. 1. t. 14. art. 6. §. 6.* Unde (3) magistratus etiam durante officio conveniri potest, *Laut. p. 29. in f. Brunn. ad L. 3. h. n. 2.* (4) Pœna quoque 50. aureorum, (quæ ei, qui contra Edictum in jus vocatus esset, tribuebatur, *Laut. p. 29.*) cessat. *Hyp. ∬. 15. act. Fab. C. l. 2. t. 2. def. 13.*

Aliquando tamen hodieque privata in jus vocatio, quæ obtorto collo fit, obtinet; Nimirum (1) si debitor in fuga, vel de fuga, suspectus est. *l. 10. ∬. 16. quæ in fr. cred. arg. l. 52. ∬. 1. ad L. aquil. Gail. 2. O. 44. n. 12.* Item (2) in vagabundis advenis &c. (3) Quoties judicis copia non est: At tunc nititur hæc vocatio jure defensionis naturalis, non isto jure positivo privatæ vocationis: Unde fieri potest & die feriato, & in clerico, & per vim, *d. l. 52. §. 1.* Conf. *Brunn. ad W. h. q. 19.* quin ex privatis quoque ædibus. *Brunn. in ff. ad L. 18. n. 2. & 3. h. t. ibique Dd.*

QV. III. *An ille, qui tutorio nomine parentem &c. in jus vocat, puniatur ex hoc edicto?*

RESP. Si filius & libertus tutores sunt, possunt patronum & parentem nomine pupillorum in jus vocare, quia ex officii necessitate vocant, *L. 16. h.* Si vero ipse patronus vel parens tutores sint, eos non possunt vocare, nec tanquam tutores, quia ultro eos vocarent. *L. 10. §. f. h.*

Laut. p. 29. verb. aut tutorio &c.

Hodie etiam hi vocari possunt, quia citatio est publica per *quæst. præced.*

QV. IV. *An quis subditum suum in alieno territorio degentem per nuncium vel missis literis citare possit?*

NEG. (1) Quia citatio est actus jurisdictionis, quin initium processus judicialis, *§. f. Inst. de pœn. tem. litig.* extra territorium vero jus dicenti impune non paretur, *L. f. ff. h.* (2) Quia judex extra territorium privatus est, privatus autem privato imperare nequit. *L. 13. §. 4. ad SC. Treb. L. 4. in f. de recept. arb. L. 14. pr. Man.* Idque (3) expresse ita statuitur in *clem. 2. vers. Ut illud &c. de sent. & re jud.* in quo simpliciter omnis citatio improbatur ac pro nulla habetur, quæ extenditur extra fines territorii: Et in *Nov. 69. c. 2. & 3.* alius modus statuitur, quo citari debet, de quo statim: Eamque sententiam (4) praxi observari tradit *Brunn. proc. c. 3. ∬. 15.* Conf. *Köp. p. 1. dec. 43. n. 3. Paurm. de Jurisd. L. 1. c. 25. n. 41. seq. Umm. disp. ad proc. 5. th. 6. Mev. Jus. Lub. L. 3. t. 1. art. 7. n. 8. Fab. C. tit. de jurisd. def. 23. n. 5.* quicquid dissentiat *Gail. 1. O. 56. in f. Rauchb. p. 1. q. 13. n. 16. & 17. & alii Dd. in Disp. Dn. Par. de concurs. plur. jurisd. d. §. 23.*

Laut. p. 30. verb. Competens.

Hæc adeo vera ſunt, ut (1) nec comparere nec excuſare ſe teneatur citatus, quia notorium eſt non eſſe fundatam jurisdictionem, adeoque fruſtra id opponeret. *L. 1. ʃ. 12. O. A. Mynſ. cent. 6. Obſ. 7. n. 3.* Ita (2) contra emanentem in contumaciam procedi nequit, non enim poteſt contemnere videri judicem, cum judex non ſit, *Brunn. proc. civ. c. 4. §. 1. Marant. ſpec. part. 6. memb. 2. n. 1.* Quin (3) ſi judex hujusmodi etiam emanente reo in cauſa principali judicaverit, ſententia eſt ipſo jure nulla, quia ferretur ab eo qui jurisdictionem non habet: *clem. fin. de ſent. & re jud.*

OBJ. (1) Quod ſubditus ubique ſit ſubditus, quæ eſt ratio *Gailii d. l.*

RESP. Non ſufficit poteſtas in perſonam ad hoc ut citari illa poſſit, ſed & requiritur poteſtas in loco, quia jurisdictio loco inhæret, ejusque finibus concluſa eſt, adeoque extra loci fines ne in ſubditos quidem exerceri poteſt. *Diſp. de concurſ. plur. §. 24.*

OBJ. (2) *l. 33. §. 5. C. off. præf. urb.*

RESP. Non ibi agitur de citandis ſacerdotibus ex alieno territorio, nam id expreſſe prohibetur *d. l. 33. ʃ. 2.* Sed de ſacerdotibus qui in provincia degunt, ſed Romæ reperti ibi conveniuntur: *dict. diſp. §. 25.*

OBJ. (3) *L. 2. C. eod.*

RESP. Ibi potius contrarium dicitur, nam pluribus reſcriptis prohibitum eſſe ait aliquem e provincia evocari; & dum ibi excipiuntur præfectorum officiales & populares factionarii, magis inde firmatur regula in caſibus non exceptis. *d. §. 8.*

OBJ. (4) *c. 1. §. contrahentes &c. de for. comp. in 6.*

RESP. Verum eſt, quod executio in bonis rei abſentis fieri non poſſit, niſi eo citato & audito: Non vero dicitur quo modo citari debeat, nedum quod miſſis literis vel per nuncium ex alieno territorio evocari poſſit, ſed intelligitur citatio quæ fit ſecundum juris rationem *dict. diſp. §. 25.*

Legitimus ergo modus citandi reos ex alieno territorio eſt: (1) Si citatio fiat ad domum, vel inſinuetur uni e familia, vel procuratori, qui poſtea privatim domino nunciare citationem debent. *Nov. 69. c. 2.* (2) Si nec familiam habeat, nec procuratorem, nec conſtet ubi ſit: tunc voce legitima, ſcil. præconis, vocabatur: *Nov. 69. c. 3. Brunn. d. c. 3. ʃ. 18.* Hodie per edictum publice affixum: *dict. Diſp. ʃ. 26.* Vel denique & (3) per literas ſubſidiales, ſi citatio mittitur ad judicem loci ubi reus degit, ut ille reo inſinuet, ex *dict. Clem. 2. verſ. Nos quoque:* quæ hodie frequentiſſima. *Laut. p. 30. & Dn. Stryk. U. M. h. ʃ. 11. Brunn. d. l. n. 18.*

His

His omnibus enim modis Judex competens intra fines suæ jurisdictionis non extra eos disponit. *Umm. ad Proc. jud. 5. th. 11. n. 64. Hillig. ad Don. v. 2. L. 23. c. 2. l. c.*

QV. V. *An quis subditum ex aliena jurisdictione ejusdem territorii immediate citare possit?*

DISTING. Vel enim (1) PRINCEPS citat, & ille jure superioritatis territorialis omnes subditos evocare potest, *L. 58. de jud. Mev. Jur. Lub. L. 3. t. 1. art. 7. n. 8. dict. Disp. de Concurs. §. 20. ibique Dd.* (quanquam id facere non soleat, sed plerumque remittat ad primas instantias. *Carpz. L. 2. Resp. II. Struv. S. J. C. Ex. 5. §. 15.*)

EXC. Si jurisdictio jure quodam proprio territorii concessa sit. *sup. q. 23.* Atque hinc est, quod Imperator & Judicia imperii neminem, nec proprios subditos, e Statuum territorio immediate citare possint. *Gail. 1. O. 189. in f. Disp. de Concurs. plur. §. 21. Dn. D. Thil. Disp. de citat. jud. incomp. c. 6. §. 5.* ubi & alia ratio additur.

Vel (2) MAGISTRATUS SUPERIOR citat aliquem e judicio inferiori, sive primæ instantiæ; tunc fieri hæc citatio non potest, nisi interpellato judice primæ instantiæ, utpote in cujus subditos superior judex nondum jus habet: Cum enim jurisdictionum gradus & instantiarum ordines, publica lege constituti sint, judex legem hanc invertere, & jurisdictionum officia confundere nequit. *L. 23. C. de testam. L. 1. C. de exec. & exact. fac. l. ult. in f. C. Eod. Boer. dec. 8. in f. Carpz. d. l. dict. Disp. de concurs. plur. §. 18.*

Vel (3) MAGISTRATUS citat subditum e loco ubi alius judex CONCURRENTEM jurisdictionem habet, tunc enim ille, etiam hoc non requisito, subditum citare potest, per tradita *sup. qu. 26.* Vid. tamen *dict. disp. §. 22.*

QV. VI. *An sententia contra non citatum lata sit ipso jure nulla, etsi eam approbet non citatus?*

AFF. *L. 7. C. quom. & quand. jud. Zœs. h. n. 21. Brunn. ad Wes. h. q. 33.* quia est defectus essentialis judicii, cui partes renunciare non possunt, *Zœs. d. l.*

OBJ. Quod sententia nulla sit in favorem partis non citatæ, quæ proinde suo juri renunciare potest: *arg. l. 14. C. de procur.*

RESP. Ibi sententia nulla est, non quia vitium est substantiale ipsius judicii sed ob solum favorem minoris. *Zœs. d. l.*

Qv. VII. *An citatio die feriato, vel ad diem feriatum, fieri possit?*

Laut. p. 32. verb. *Non feriatus.*

RESP. *Die feriato* citatio insinuari non potest, per *L. 2. §. f. C. de fer. c. f. X. eod.* quia hæc insinuatio est actus jurisdictionis, quæ die feriato exerceri nequit. *L. f. §. 1. C. feriis.* Equidem hodie id mutatum esse ait *Gail. alleg. loc. & Blubm. Andler. aliique* apud *Dn. Stryk. U. M. h. § 10.* Sed bene hic monet, debere potius contrarium observari. Conf. *id. tit. de fer. §. 8.*

Ad diem feriatum multo minus citatio fieri potest, ex eadem ratione; adeoque impune emanere potest. *L. 2. in f. si quis in jus voc.* At moribus valet ad eum effectum ut sequenti die compareat; *c. 6. X. dot. & Cont. Dn. Stryk. U. M. h. §. 10. & tit. de feriis §. 9.* modo certus dies non sit expressus: Si enim ille dies, ad quem expresse vocatur, feriatus est, ipso jure nulla est citatio. *Dn. Stryk. dd. ll.*

Qv. VIII. *Quidnam operetur citatio?*

Laut. p. 32. verb. *operatur.*

RESP. I. PRÆVENTIONEM, i. e. si duæ concurrentes sunt jurisdictiones, uti Camera Imperii & aulici judicii, tunc reus ab uno *competente* citatus ab altero citari nequit, sed potest opponere, causam jam alio coram judice motam, indeque posteriorem præventum esse, quia lis ubi cœpta est ibi finiri debet, *L. 30. l 7. de jud. L. ult. C. de in jus voc. L. 4. C. de jurisd.* & lite pendente (quod fit post citationem) nihil innovandum est. *Olem ult. ut lit. pend. Mynf. 4. Obs. 26.* Secus ergo si præveniens fuit incompetens. *Carpz. p. 1. const. 7. def. 21. n. 5. Dn. Thil. disp. de cit. Jud. incomp. c. 5. §. 1.*

II. PRÆSCRIPTIONEM INTERRUMPIT, quia tota ratio præscriptionis fundatur in silentio, *l. 2. C. Ann. exc. l. 7. §. f. præscr. 30.* non potest autem dici negligens fuisse actor, nec tanto tempore siluisse, qui judicem adit, & reum in jus vocat. (Modo postea sequatur litis contestatio, ne ab interpellatione recessisse videatur. *l. 32. §. 1. de Usur* Conf. *part. 2 L. 41. t. III. q 25.*)

III. PERPETUAT JURISDICTIONEM MANDATAM, ita ut etiam mortuo mandante, mandatarius maneat; post citationem res desiit esse integra, adeoque mandatum amplius revocari nequit. *c. 20. Off. jud. deleg. Wurmf. L. 1. O. 13. n. 5. Sup. tit. 1. quæst. 12.*

OBJ. Quod judex omnia habeat ex jure & persona defuncti mandantis: *L. 16. de jud. L. 1. off. ejus.* Eo ergo non amplius existente cessare videtur jus delegati, cum nihil habere possit ab eo qui ipse jurisdictionem amplius non habet; & sublato jure constituentis, tollitur jus constitutum.

RESP. EXC. est si res integra esse desiit, tunc enim jus semel quæsitum morte mandantis tolli non potest. *sup. t. 1. q. 12.*

IV. AN

IV. AN PERPETUAT ACTIONES TEMPORALES? Vel, an actio quæ sua natura annua vel personalis est, post citationem durat 40. annos, & transit ad hæredes? (Conf. §. 1. *perp. & temp. act. L. 26. ff. Obl. & Act.*)

NEG. (1) Quia demum per litis contestationem actiones perpetuari dicuntur, *d. §. 1. L. 1. §. 1 C. ann. Exc.* ibi: *in judicium deductæ sunt*, *l. 58. de O. A* per citationem autem nec actio contestata, nec in judicium deducta dici potest, quin, si non insistit citationi, ab ea recessisse videtur, *l. 32. §. 1. Usur.* Nam (2) per solam litis contestationem quasi contrahitur, adeoque ex eo quasi contractu tenentur hæredes, *L. 87. l. 139. R. J. l. 3. §. 11. de pec.* quæ ratio tota cessat in citatione. *Meier. Colleg. J. A. h. §. 25. Hahn ad W. h. n. 11.* Idque (3) multo magis in pœnalibus obtinet, neque enim hæredibus imputari debet, quod defunctus ex suo delicto debeat. *arg. l. f. ff. de fidej.*

V. Citatione facta INDUCITUR LITIS PENDENTIA, *Clem. ult. ut lit. pend. Mynf. 4. O. 26. Mart. Proc. Sax. tit. 4. §. fin. n. 24. ibique late Dd.*

Unde VI. NIHIL tunc INNOVARI potest, sed quicquid fit, dicitur attentatum, *dict. Clem. Wurmf. tit. 12. O. 9.* quod statim restitui debet. *Lancellot. de attent. p. 3. c. 26. num. 27. & seq.*

VII. Facit rem LITIGIOSAM, quia citatio est initium litis. *Nov. 112. c. 1. Mart. d. l.*

VIII. Sub citatione continetur salvus conductus. *Mart. d. l. arg. l. 2. ff. de Jurisd.*

LIB. II. TIT. V.

SI QVIS IN JUS VOCAT.

Qv. I. *An citatus a judice, de cujus competentia dubitatur, teneatur comparere & allegare suam exemtionem?*

RESP. Si citatus est EXTRA TERRITORIUM citantis, tunc impune non comparet, *l. f. de jurisd. L. 4. §. 6. re jud. L. 53. §. f. Eod. l. 1 §. f. ad Treb. L. 1. §. 2. quod quisque juris*, quia præsumtio est contra judicem; Adeoque hic jus suum citandi docere debet, *Mev. p. 8. dec. 283.* Vid. *sup. t. 1. q. 26.* Si INTRA TERRITORIUM citantis existat, & *notoria* sit ejus exemtio, nec tunc comparere tenetur: *L. f. ff. h. L. f. C. exhib. reis. Marant. p. 6. tit. de cit. n. 51. Franzk. h. n.*

Laut. p. 33 verb. etiamsi dubitetur.

h. n. 5. Dn. Stryk. U. M. h. in f. Si *dubia* ſit, tunc præſumtio eſt pro jurisdictione judicis, quippe qui fundatam eam habet in toto territorio, adeoque exercere illam poteſt, donec aliud probetur: Si quis proinde ſe exemtum dicit, privilegium ſuum docere debet, & hoc probat exemplum *L. 5. ff. de judic.* (quæ proinde non de citato extra, ſed intra territorium agit, uti ſolide probat *Dn. D. Thil. diſp. de cit. jud. incomp. c. 4. §. 6.*) *L. 2. pr. ſi quis in jus voc. Carpz. p. 1. c. 3 def. 11. Gail. l. 1. O. 48. n. 8. & ſeq.* Accedit reverentia & autoritas magiſtratui debita quæ in dubio ei denegari non poteſt.

Adeo autem hoc caſu comparere tenetur citatus, ut (1) in poteſtate judicis ſit, cognoſcere de competentia, & circa dubium illud ſententiam ferre, *L. 2. ſ. 1. L. 5. de judic. L. 2. pr. ſi quis in jus voc. Mev. p. 4. dec. 324. Dn. Stryk. U. M. h. ſ. 1.* Neque tunc in propria cauſa, ſed de officio publico adeoque negotio alieno, jus dicit *Gail. L. 1. O. 34. & 39. n. 2. Mynſ. cent. 3. O. 35. ſup tit. 1. q. 8.* quanquam ab ea appellari poſſit. *arg. c. 34. X. reſcr. Mynſ. cent. 16. O. 88.*

Quin (2) ſi citatus nolit comparere, poteſt contra contumacem procedi in cauſa principali; (1) quia fundata eſt jurisdictio & pro ea præſumitur indeque legitima eſt, donec reus compareat & contrarium probet: At (2) reo non comparente & non reſpondente, contrarium non probatur, (3) Sibi imputare debet reus quod comparendo ſententiam non impediverit

OBJ. (1) Sententiam a judice incompetente latam, eoque ipſo jure nullam eſſe.

RESP. Habitus eſt pro vero judice, adeoque ſententia pro legitima, ex allegatis rationibus, neque ea jam lata probationes in contrarium admittuntur.

OBJ. (2) Quod lite finita adhuc incompetentia probari poſſit.

RESP. Lite finita, & poſt ſententiam, probationes amplius non admittuntur. *L. 56. ff. re jud.*

OBJ. (3) *L. 2. §. 1. ſi quis in jus voc.* ubi tantum ad mulctam pro jurisdictione judicis damnatur.

RESP. Non tamen excluditur ibi proceſſus in contumaciam. *L. 13. §. 1. C. jud. l. 71. ff. eod. Umm. diſp. ad proc. 6. §. 3. n. 9. ſeq.*

OBJ. (4) Quod de legitima poteſtate judicis, tanquam de fundamento omnis ſententiæ, conſtare debeat, antequam ſententiam dicere valeat. *L. 3. C. de jurisd. omn. jud.*

RESP. Conſtat de illa per præſumtionem juris, quæ poſt ſententiam contrariam probationem non admittit.

DIS-

DISSENTIUNT Dd. Comm. & non valere processum, sed puniri saltem posse ob contumaciam, statuunt: *Wurms. tit. 5. O. 3. t. 1. O. 3. n. 1. & 2. & Obs. 123. n. 2. Marant. Spec. aur. p. 6. tit. de sent. n. 58. & tit. de Exc. n. 2. Castrens. ad l. 55. ff. de jud. & ad l. 2. si quis in jus voc. n. 10. God. ad d. l. 5. l. i. Tholos. synt. jur. univ. L. 47. c. 3. n. 4.*

NOT. Præter hunc processum in contumaciam aliæ pœnæ contumaciæ locum habent. Scil. (1) mulcta, ex *d. l. 2. §. 1. si quis in jus voc.* (2) Neglecto termino peremtorio, missio in bona ex primo & secundo decreto. *L. 68. ff. de judic.* (3) Neglecto termino dilatorio expensæ termini lapsi. *Struv. h. t. §. 6. &c.* Vid. *sup. tit. 3. q. 3.*

LIB. II. TIT. VIII.

QUI SATISD. COG.

QV. I. *An plus cautionis sit in fidejussoribus quam in pignoribus?*

DISTING. Quoties *judici* cavendum est, major securitas est in fidejussoribus, tum ne judex onere custodiæ gravetur, tum quia contra personas paratam habet executionem. *L. 7. præt. stip. Nov. 53.* Quoties vero *parti*, adeoque extra judicium, cavetur, major securitas est in pignoribus, neque enim tantum onus in privato est pignus custodire, neque ille executionem in personas fidejussorum paratam habet, adeoque tutius rei insistit. Et de tali cautione extrajudiciali intelligendi sunt textus in *L. 25. R. I. L. 1. §. 9. Collat. L. 4. §. 8. quæ in fraud. cred. L. 59. §. f. Mand.*

Laut. p. 28. verb. *Neque regulariter.*

Moribus per solos fidejussores judici caveri ait *Wes. h. t. §. 7. Fab. C. tit. de satisd. L. 2. def. 9.* pignora vero etiam in judicio sufficere docet *Laut. h. Carpz. p. 1 c. 5. def. 7. D. Stryk. U. M. h. §. 8. &c.* Rectius tamen videtur judicis arbitrio id relinquendum esse. *Dn. Stryk. dict. §. 8. in f.* Nam omnes cautiones fere sunt arbitrariæ *Dn. Stryk. U. M. h. §. 2. & 3. Dn. Par. Hyp. Inst. tit. de satisd. §. 4. Struv. h. 22.* Adeo, ut si judici satis cautum videatur regulariter nec judicio sisti, nec judicatum solvi, nec de lite contestanda intra bimestre, nec de ea prosequenda, quin nec de expensis & reconventione &c caveri opus sit, (quanquam de his duabus ultimis in plerisque judiciis, inprimis Saxoniæ. caveri soleat *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6. & 7.*) *Dn. Stryk. U. M. h. §. 2. & late seq. Laut. p. 35.*

NOT.

NOT. Sufficienter cautum videtur per possessionem rei immobilis; *Laut. d. pag.* 33. Modo possessor illam possideat in eadem provincia. *l.* 15. §. 1. *h.* Hodie vero unter demselbigen Gerichts-Zwang. *Carpz. p.* 1. *c.* 5. *def.* 2. & 3.

LIB. II. TIT. X.

DE EO PER QUEM FACT. QUO MINUS IN JUDICIO QUIS SISTATUR.

Qv. I. *Quomodo differat hic titulus a Tit. 7?*

RESP. Differentia est (1) Quod in *tit.* 7. *Ne quis eum, qui in jus vocatus, vi eximat*, agatur de eo qui vocatur, &, dum comparere vult, eximitur, *hic* de eo qui vocatus comparuit, & cautionem præstitit, sed jam ab alio impeditur, (2) in *tit.* 7. mera pœna fuit, *hic* ad interesse agitur. *L.* 1. §. 3. *h.* Alias differentias vide apud *Brunn. ad W. h. q.* 1.

LIB. II. TIT. XI.

SI QUIS CAUT. IN JUD. SIST. FACT. NON OBTEMPERAVERIT.

Qv. I. *An titulus hic hodie usum habeat?*

Videtur NEGANDUM, quia hodie non amplius cavetur judicio sisti: *Stryk. U. M. lib.* 2. *t.* 8. *sp. t.* 6. *q.* 1.

RESP. Omnino cavetur si judici id visum fuerit *dict. q.* 1. vel si cautio promissa sit pacto: *Mev. p.* 3. *dec.* 75. *Dn. Stryk. d. tit.* 8. §. 2. & 3.

LIB. II. TIT. XII.

DE FERIIS ET DILAT.

Qv. I. *Quidnam sit dies civilis, quid naturalis, & quis utriusque sit effectus in jure?*

RESP. Dies *Civilis* est qui lege civili est constitutus, & incipit a media nocte ad mediam noctem, *l. 8. h. Naturalis* est, non qui incipit a solis ortu ad occasum, uti *Autor* putat, sed qui continet 24. horas, quocunque tempore computari incipiant, *L. 3. §. 3. Min.*

Laut. p. 36. verb. dies civilis.

Civilis diei computatio obtinet in omnibus negotiis civilibus, ut in Usucapionibus, *L. 6. l. 7. ff. Usurp. & Usuc.* idem in pubertate, *d. l. 8. h. t. Naturalis*, in negotiis ex æquitate naturali introductis, ut in omnibus negotiis prætoriis, quia prætor sequitur æquitatem naturalem: Ut in restitutione in integrum, *L. 3. §. 3. Min.*

Effectus est, quod dies *civilis* cœptus habeatur pro completo: Indeque pro pubere aliquis habetur, statim ac ultimus dies pubertatis illuxit. *d. l. 8.* Et usucapio cœpto ultimo die pro impleta habetur. *d. l. & 7.* Sed dies *naturalis* computatur de momento in momentum, *L. 3. §. 3. Min.* Indeque nemo major dici potest, nisi elapso ultimo momento anni vigesimi quinti: atque adeo eo usque restitutio in integrum locum habet.

Qv. II. *An feriæ ordinariæ sint, quæ quotannis statis temporibus recurrunt?*

AFFIRMAT id *Autor h. t.* Rectius vero ordinariæ dicuntur, quæ perpetua & certa lege sunt statutæ, etsi quotannis non recurrant. Ita enim si lex statuta esset, ut quoties Princeps nascitur, vel victoria reportatur, sacra celebrari debeant, feriæ erunt ordinariæ.

Laut. p. 37. verb. & quotannis.

OBST. *arg. l. 26. §. 7. Ex quib. caus. maj.* ubi feriæ ob res prospere gestas extra ordinem indictæ dicuntur.

RESP. Quia ibi deficit certa & perpetua lex; nam in uno tantum illo casu feriæ indicuntur.

Qv. III. *An magistratus majores ferias constituere possint?*

Laut. p. 37. verb. Non etiam Mag.

NEG. (1) Quia potestas circa sacra soli Principi competit. (2) per tales dies feriatos derogatur juri communi, dum denegatur partibus judicium, quod judex facere nequit. *l. 4. C. h.*

OBJ. *L. 4. h. l. 26. §. 6. ex quib. caus. maj.*

RESP. Agitur ibi non de constituendis feriis, sed de constitutis a Principe determinandis, si scil. certum initium non habent.

Qv. IV. *An arbitri compromissarii jus dicere possint diebus feriatis?*

Laut. pag. 37. verb. & arbitri compr.

NEG. quia sunt instar judicum. *L. 7. in. f. C. h.*

OBJ. *l. 36. recept. qui arb.*

RESP. Loquitur de feriis humanis, tunc enim arbitria illa peragi possunt, quia vere non sunt judicia, sed causæ privatæ, quæ uti dependent ex arbitrio privatorum, ita & eorum consensu quolibet tempore peragi possunt, nam partes suo juri renunciant.

Qv. V. *An causæ publicæ & v. g. criminales diebus feriatis tractari possint?*

Laut. p. 37. verb. & publicæ.

NEG. quia actus judiciales. *L. 7. §. f. l. 8. pr. C. h.*

OBJ. (1) *l. 5. C. h.*

RESP. Loquitur de feriis humanis, ubi omnino criminalia exerceri possunt. Vid. *l. 7. C. eod.*

OBJ. (2) quod punire crimina pium opus sit.

RESP. Diebus feriatis non quælibet pia opera fieri possunt, nam excipiuntur ea quibus profanum negotium est conjunctum.

Qv. VI. *An promiscue actus voluntariæ jurisdictionis die feriato exerceri possint?*

Laut. p. 37. verb. & licet.

AFFIRMAT *Autor h. t.* Ast contrarium verius, quia hi quoque actus profani sunt: Neque alii inveniuntur permissi præter *emancipationem & manumissionem*, L. 2. *l. 8. §. 1. C. h.* propter summam actuum horum pietatem, item *transactionem* qua lis sopitur. *L. f. §. 1. C. h.* Quæ exceptiones firmant regulam

gulam in casibus non exceptis: Non ergo die feriato confirmari contractus, testamenta &c. fieri possunt, *d. l. f §. 1.*

Qv. VII. *An dies termini computetur in termino?*

AFFIRM. De ultimo termini die: Ille vero dies, quo emanat & publicatur terminus, nullatenus computatur. *Struv. h. th. 31. Brunn. ad W. L. 2. t. 11. q. fin.*

Exc. si tempus computatur de momento in momentum, uti in fatalibus, *Gail. 1. Obs. 139. n. 5. Carpz. proc. tit. 13. art. 2. n. 25.* tunc enim uterque termini dies computari debet, *Brunn. d. l.*

LIB. II. TIT. XIII.

DE EDENDO.

Qv. I. *An ad substantiam libelli pertineat, ut nomen proprium judicis exprimatur?*

RESP. Si ex allocutione, descriptione, aut conclusione de judice constet, eo non opus esse videtur. *arg. L. 6. C. R. C.* Idque *hodie* ita servari tradit *Umm. Disp. ad proc. 6. n. 51.* Si vero non est ordinarius loci judex, vel plures sint judices, tunc nomen proprium judicis exprimi in libello debet, ut appareat coram quo judice comparere debeat, & num competens sit num non. *Umm. d. l.*

Laut. p. 39. verb. Non proprium.

OBST. *L. 80. de Jud.*

RESP. Loquitur de judice conventionali, ubi proinde nomen vel prænomen addi debet; ut appareat in qualemnam hominem consenserim: Sed & expresse ibi dicitur, quod sufficiat litigatores de eo sensisse, licet in nomine erraverint; adeoque & licet nomen additum plane non sit.

Atque hactenus vera est sententia Dd. qui dicunt citationem, in qua nomen judicis omissum, vel ubi in nomine judicis erratum est, nullam esse: Si scil. de judice alias non constat. *Gail. L. 1. O. 48. n. 23. Brunn. ad dict. L. 80.*

Qv. II. *An, & quænam causa actionis in libello exprimi debeat?*

RESP. In actionibus REALIBUS exprimi debet *causa proxima* v. g. dominium, hæreditatem, servitutem, pignus meum esse, licet non addatur *causa*

Laut. pag. 40. verb. in actionibus real.

causa remota, i. e. titulus ex quo jura illa mea esse dico: Neque enim interest rei, an ego sim *dominus* ex legato an ex donato, item an *hæres* ex testamento, an ab intestato &c. *Umm. Disp. 6. n.* 53. Cum enim in rem ago, omnes causæ una petitione apprehenduntur, *L. 14. §. 2. de Exc. rei jud.* & dum me jus in re habere contendo, omne jus meum in judicium deductum videtur. *Umm. d. l. pag. 269.*

Ubi tamen NOTANDUM (1) Quod, si reus desideret, etiam causa remota exprimi debeat. *Umm. d. l.* (2) Verum non esse quod in actione hypothecaria & confessoria causa remota quoque exprimenda sit; uti vult *Umm. d. l.* contra textum expressum in *d. l. 14. §. 2.*

In PERSONALIBUS vero *causa remota* i. e. titulus ex quo debetur, exprimi debet, v. g. peto 100, quæ T. mihi debet ex commodato; per *text. expr.* in *dict. l. 14. §. 2* ibi: *Singulæ causæ sunt exprimendæ.* Maxime enim rei interest, quia causa non expressa nescit, num cedere debeat, num contendere &c. *Umm. d. l.*

An ergo causa remota in personalibus omissa libellus nullus est?

NEGAT *Umm. d. l.* quia reus petere potest, ut causam remotam exprimat & libellum declaret; Sed contrariatur ei & jus Can. in *c. f. X. de libell. obl.* & praxis *Carpz. p. 1. const. 2. d. 11. n. 4. & def. 14. in f. & 2. Resp. 53. n. 5. Gail. 1. O. 66. n. 14.*

Qv. III. *An nomen actionis in libello exprimere necesse sit?*

Laut. p. 40. verb. Nomen actionis&c.

NEG. Si talis descriptio facti sit, ut de genere actionis inde constare possit: (quia nihil interest rem aliquam suo nomine, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, designare: *L. 6. ff. R. C. L. 34. Cond. & dem.*) Alias, & si v. g. plures ex illo negotio oriuntur actiones, (ut in *l. pen. arb. furt. cæs. l. 18. quod vi aut clam. L. 45. pro socio*), libellus tanquam nimis generalis rejicitur, atque hoc casu solicite de nomine quæritur, ut in *L. 1. & seq. de præscr. verb. L. 2. C. form. & impetr. L. f. C. de interd.*

Atque hanc distinctionem praxi observandam esse tradit *Umm. Disp. ad Proc. 6. n. 53. pag. 269. in fin.* Dd. apud *Mull. ad Struv. h. §. 40. Cons. Marp. 10. n 2 Carpz. p. 1. c. 1. def. 3. Mod. Pist. V. 1. Cons. 26. n 60. & Cons. 27. n. 8.* ita jure Canonico quoque non inquiritur, quænam actio sit intentata, sed factum investigatur: *cap. 6 X. de jud.* Quid vero clausula salutaris hoc casu operetur, videbimus *infr. quæst. 12.*

OBJ. (1) *L. 1. pr. ff. L. 3. C h.* ibi: *actionem edere. l. 33. de jud.* ibi: *genus actionis edi, L. 33. §. f. C. de Episc. l. 3. C. de Exc.* ibi: *proposita actione.*

RESP.

RESP. Editur & proponitur actio, dum negotium & factum ipsum apte describitur.

OBJ. (2) Quod actionum nomina frustra essent inventa:

RESP. Imo manet eorum Usus ad rite discernenda negotia. *Struv. Evol. h.*

OBJ. (3) *L. 1. L. 2. L. 3. ff. de præscr. verb.*

RESP. Interest omnino scire, an actio nominata detur, an non; De eo autem constare potest ex descriptione facti, licet nomen actionis in libello non exprimatur.

QV. IV. *An sustineatur libellus, si inepta Actio nominetur?*

AFFIRM. Modo narratio apta sit. *arg. l. 6. ff. R. C.* Error enim nominis non vitiat actum, *§. 29. de legat. L. 9. §. 2. de hær. Inst.* rationem ejus vidimus *sup. q. 10.*

OBJ. (1) *L. f. C. de form. & impetr. subl.* Ubi tum demum valet impetratio actionis, si apta rei esse constiterit:

RESP. Est apta, si ex descriptione de ea constet, licet nomen sit ineptum.

OBJ. (2) *L. f. C. de interd.* Ubi actio exprimi debet, non vero exprimitur, si inepta est.

RESP. Satis exprimitur per descriptionem.

OBJ. (3) *L. 1. in f. pr. si mens. fals. mod.*

RESP. Res quoque ibi inepta est.

Atque hæc est communis Doctorum sententia: Vid. *Scotan. D. 13. th. 25. Struv. Ex. 5. th. 40. Umm. Disp. ad proc. 6. n. 53. in fin.*

DISSENT. *Gloss. & Angel. in L. 1. de Edend.*

QV. V. *An clausulæ sub n. 6. 4. & 5. sint salutares?*

Præmittendum hic est: Quod judex illa quæ *juris* sunt, semper supplere possit, etiam jure civili, & citra clausulæ adjectionem. *tt. C. Ut quæ des. adv.* ibique *Bart. & Bald.* Si quid autem in *facto* deficiat, neque ex actis de eo constet; vel si ipsum factum inepte propositum sit, indeque substantia libelli deficiat, tunc per nullam clausulam judex id supplere valet. *arg. L. 18. ff. Comm. div. Ill. Dn. Stryk. U. M. h § 6. Muller. ad Struv. h. §. 39. pag. 267. not. V. Hillig. L. 23. Don. Enucl. c. 4. Carpz. L. 1. Resp. 70. n. 13. Fab. in C. L. 2. tit. 37. def. 3. n. 4. Prukm. V. 1. Cons. 10. n. 56. & Cons. 50. n. 168.*

Laut. p. 41. verb. Sunt salutares.

 Hinc

Hinc etiam in Rec. Imp. tam varie de his clausulis disponitur: Nam insignis effectus eis tribuitur in *R. I. 1551. §. 32.* ut judex de narratis possit judicare, licet actor non petierit: Sed solenniter iterum abrogatur in *R. I. 1557. § 33.* Quid vero moribus eis tribuendum sit, jam in singulis demonstrabitur.

PRIOR ita proferri solet: Will hiermit das Hoch-Adel. und mildrichterliche Amt angeruffen haben: Sed illa hodieque inutilis erit: quia ut ante demonstratum est, judicis Officium in eo versatur, ut, etiam non adjecta clausula, ea quæ in jure deficiunt, suppleat, defectum autem facti nec per illam clausulam supplere potest. *Umm. Disp. ad proc. 5. n. 12. Obrecht. Conc. Lib. c. 16. §. 55. Stryk. introd. c. 7. §. 11.*

OBJ. Quod utilis videatur clausula, quia judex in multis non succurrit nisi imploratus: *Umm. Disp. ad proc. 6. n. 59.*

RESP. Judex imploratur semper & facto ipso, dum libellus ei porrigitur, & conclusioni petitio adjicitur, hoc enim ideo fit ut judex justitiam administret. Conf. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 7.*

ALTERA ita se habet, in der allerbeständigsten Form und Maß, wie solches in Rechten am kräfftigsten geschehen soll und mag: Hujus clausulæ in Camera nullus est effectus, propter *R. I.* 1557. *§.* 33 *Umm. D. 5. n. 12. Schwan. de proc. 1. n 11. Dissent. Gail. cent. 4. O. 55.* In foro tamen insignis ejus remansit utilitas: Nam (1) per hanc clausulam actor omne jus suum in judicium deduxisse videtur, *Gail. cent. 4. Obs. 55.* ita ut libellus tanquam generalis rejici non possit, *Besold. Thes. pract. voc.* hierüber, und rc. Ex quibus sequitur (2) judicem non secundum petita actoris, sed rei gestæ veritatem, quæ ex actis constat, pronunciare debere. *Mynf. Resp. 11. n. 39. Gail. d. Obs. 55. Besold. d. l.* (3) Omnia in libello posita in actoris favorem, & pro ejus intentione, explicantur, *Umm. proc. Disp. 6. n 59.* (4) Si plures actiones ex facti narratione resultant, judex secundum eam pronunciare potest, & debet, quæ omnium maxime juvat intentionem actoris. *Besold. d. l. & Mull. ad Struv d. l. Carpz. L. 1. Resp. 70. n. 15. Phil. ad Ord. Sax. Conf. 3. & 14. Mev. part. 8. d. 134.* Non vero (5) vitia libelli substantialia sanat, *Muller. d. l. pag. 268. Umm. D. 6. n. 59. Carpz. L. 1. Resp. 70. n. 13. & Resp. 73. n. 21. Fab. C. L. 2. t. 37. def. 3. n. 4. Phil. d. l.* Nec contra narrata libelli aliquid operatur, *Carpz. p. 1. c 2. def. 15. n. 5.* Dissent. *Dd. apud Carpz. dict. Resp. 73. n. 20.* Ast (6) de fructibus & expensis judex cognoscit, etsi petitioni desint. *Mynf. 4. O. 55. Umm. d. l. n. 59. Mull. d. l. Gail d. Obs. 55. Besold. in addit. ad voc.* hierüber. (7) Si de possessorio agatur, & ex narratione facti constet de petitorio, judex de hoc pronuntiare potest. *Klock. tom. 2. conf. 2. n. 6. Carpz. L. 1. Resp. 73. n. 14. & seq.* Vid. *part. 2. p. 502.* (8) Cautio de non turbando, etsi non petita, a judice injungi potest & debet. *Carpz. L. 1. Resp. 70. n. 15.*

Alios

Alios quoque effectus huic clausulæ Dd. tribuunt, quod videsis apud *Anton Gabriel. tit. de clauf. concl. 4. Ludovic. 2. dec. 117. n. 2. & seq. Brunn. L. 33. n. 2. de Locat.*

TERTIA denique ita efferri solet: Uiber diesem allem und einem jeden insonderheit, Recht und Gerechtigkeit anrufend. Hæc quoad effectus non differt a priori, hinc quod in una statuitur, alteri quoque tribuitur. *Carpz. L. 1. Resp. 70. n. 11. & Resp. 73. n. 14.* Et bene hic quoque monet *Umm. Disp. 6. ad proc. n. 59.* eam in substantialibus libelli parum operari, sed tantum in qualitatibus. & quantitatibus. Conf. *Mull. ad Struv. pag. 268. Besold. in addit. ad voc.* hierüber, *in fin.*

Qv. VI. *An libellus post contestatam mutari possit?*

RESP. *Mutari* non potest quoad substantiam libelli, i. e. non potest nova res peti, vel nova actio institui, nam tunc novum judicium inchoari debet: *L. 23. de Jud. Hyp. Inst. tit. de act. §. 25.* quia jus quæsitum ex quasi contractu, per litis contestationem inito: & alii actus substantiales judicii, ne quidem partium consensu tolli possunt, *Gail. L. 1. O. 74. n. 8.*

Laut. p. 41. verb. *mutari potest.*

Ast *emendari* libellus potest, quia substantia libelli salva manet, adeoque judicium non mutatur. *L. 46. de re jud. §. 34. Inst. h. L. 4. §. f. Nox. Act.* Atque hoc ipso corruunt omnes difficultates a *Struv. in Evol. ad th. 41. h. t.* motæ.

OBST. (1) *§. 34. Inst. de Act.*

RESP. hæc correctio Justiniani usu non obtinet, probante id *Struv. Exerc. 5. § 41. Dn. Par. Hyp. Inst. d. l. in not.*

OBJ. (2) *L. 54. §. 5. de leg. 1. l. 18. §. 1. Vi arm.*

RESP. Non mutatur ibi libellus in eodem judicio, sed alio.

OBJ. (3) *L. 4. §. f. Nox. Act.*

RESP. Sed jam dictum illam loqui de emendatione, non enim ibi mutatur substantia & genus actionis, sed qualitas noxalis.

OBJ. (4) *l. 3. C. de edendo.*

RESP. Loquitur de mutatione quæ fit ante litem contestatam.

Jus Digestorum in foro obtinet: Ita ut hodieque post litem contestatam *emendari* libellus possit. *Brunn. ad L. 4. §. f ff. Nox act. Struv Ex. 5. §. 41. Dn. Par. in Hyp. d. l.* (Quod *Schrad. de Feud. p. 9. c 6. n. 48.* tum demum admittit, si in continenti post litem contestatam emendetur.)

At

At *mutari* nec hodie poteſt, *Gail. L. 1. O. 24. n. 8.* Sed actor mutaturus libellum refuſis totius judicii expenſis novum proceſſum impetrare debet: recte ita ſtatuente *Laut. p. 41. Brunn. ad L 3. C. de Edendo.*

Hinc aliud pro alio, ſalvo eodem judicio, adeo peti non poteſt, ut, nec clauſula ſalutari adjecta, judicium valeat. *Umm. Diſp. 6. ad proc. n. 59.* Quin, nec clauſula, *Salvo jure addendi & minuendi*, aliquid operatur: *Laut. pag. 41. pr.* quia jus mutandi non dependet a voluntate actoris, *Laut. ibique Umm. D. 6. ad proc. §. 59. in f. Muller. ad Struv. h. §. 41. lit. U. Brunn. ad d. l. 3. n. 9.*

Qv. VII. *An obligatio in caſu* L. 2. C. de reſcind. Vendit. *ſit alternativa?*

Laut. p. 41. verb. Ut in caſu.

Ita putat *Laut. h. pag. 41. & pag. 344.* Quia agitur vel ad reſcindendum contractum, vel ad implendum: Sed verius eſt, a parte actoris obligationem eſſe ſimplicem, ita ut tantum agere poſſit ad reſcindendum contractum, ſed reo ex beneficio legis conceditur electio, ut poſſit ſalvo negotio pretium ſupplere, quod proinde eſt in præſtatione, non obligatione. *l. 6. §. 1. de re jud.*

DISSENT. *Gail. l. 1. O. 62. n. 9. Mynſ. cent. 2. O. 42. n. 4. & ſeq. Berl. part. 1. Concl. 12. n. 25.* De utilitate hujus rei plenius agemus infra ad *Laut. pag. 344.*

Attamen in arbitrio actoris eſt, vel ſimpliciter, vel alternative petere. *Berl. d. l.* Neque tunc petit plus, ſed relinquit optionem reo quæ ei competit:

DISSENT. *Gail. dict. Obſ. 62.* qui putat neceſſario alternative libellum concipiendum eſſe. Sed ipſe *Gail. d. l.* de praxi Cameræ contrarium teſtatur. Si igitur actor ſimpliciter petit, judex alternative ſententiam pronuntiare debet. *Gail. d. l. n. 10.*

Atqui judex pronuntiare debet juxta petita:

RESP. non excluduntur ea quæ ex juris neceſſitate ſequuntur: Sic enim judicat etiam de expenſis, & judex attendit non quid petitum ſit, ſed quid peti potuerit. *Pinel. ad l. 2. p. 3. c. 3. n. 12. Tuſch. Concl. 133. n. 59. lit. S.*

Qv. VIII. *An in cauſa hypothecaria obligatio ſit alternativa?*

Laut. p. 41. verb. Non etiam in cauſ.

NEG. Sed ſua natura agitur tantum ut poſſeſſor hypotheca cedat, *arg. l. 17. pign.* ubi creditori actio realis datur, adeoque tantum ad hypothecam cedendam: Aſt electio poſſeſſoris eſt, an debitum ſolvere velit: *l. 16. §. 3. pign.*

Atta-

Attamen hic quoque alternative actor petere potest in libello, ut possessor vel solvat, vel cedat. De quo testantur *Berl. p. 1. c. 12. n. 28. Gail. 1. O. 62. n. 8. Wurmſ. t. 9. O. 2.* Neque enim electioni rei aliquid decedit, *quaeſt. praeced.* neque obligatio inde fiet alternativa; sed alterum in præstatione est, *d. l. 6.* Quid vero intersit vide *infra ad Laut. pag. 344.*

Qv. IX. *An actor reo ante litem conteſtatam edere inſtrumenta debeat?*

DISTINGUIT *Autor* inter instrumenta quibus actor usurus est, & reliqua: Illa ante litem contestatam, hæc post eam edi debere, ait. Sed verius est, omnia instrumenta regulariter post litem contestatam demum produci debere. (1) Quia eo demum tempore testes recte producuntur: *c. 5. X. ut lit. non cont.* (2) Quia instrumenta pertinent ad litis instructionem, adeoque ubi contestata lis est. (3) Eaque communis est Doctorum sententia, *Umm. Diſp. ad proc. 17. n. 29. Mynſ. ad c. 1. n. 41. X. de prob. Pacian. de probat. c. 66. n. 83. ibique late Dd.* Adeo, ut instrumenta producta ante litem contestatam non probent, nisi post litem contestatam denuo producantur. *Weſenb. Conſ. 3. n. 34. Umm. d. l. Pacian. d. n. 84.* ubi addit rationem.

Laut. pag. 42. verb. Actor reo ante lit.

Aliquando tamen etiam ante litem contestatam editio illa fieri potest. (1) Si instrumenta pertineant saltem ad legitimationem personæ, ut sunt instrumenta tutelæ, curæ &c. *Pac. d. l. n. 90.* (2) Illis quibus per privilegium edi instrumenta debent, ut eo instructiores compareant, uti v. g. fisco *Pac. d. l. n. 93.* (3) Si petuntur instrumenta propria vel communia. *ibid. n. 95. &c.* (4) Si metuatur ne instrumenta pereant, *arg. c. 5. X. ut lit. cont.* Alias exceptiones vide apud *Pac. d. l. & Umm. dict. diſp. 17. n. 30.*

Qv. X. *An actor ea demum inſtrumenta edere debeat, quibus ipſe uſurus eſt?*

AFF. *L. 1. §. 3. de edendo. Umm. Diſp. ad proc.* 17. *n.* 13. Nam contra hæc reus se defendere debet, quod fieri non potest, nisi edantur: Contra alia vero, quibus actor usurus non est, non opus habet defensione.

Laut. pag. 44. verb. Quibus ipſe uſurus.

DISSENTIUNT Dd. apud *Umm. d. l. Jaſon & Gilken. in l. f. C. de edendo.*

EXC. Dd. Si reo ad fundandam exceptionem prosunt. Sed vix est ut sua ei ratio constet, cum reus in exceptione actor sit. Rectius dicetur si ad causam pertineant, *L. 3. h. t.* & actor, cujus probatio est, supprimere ea forte velit: Quales sunt rationes creditoris agentis.

Et sic non OBST. *L. 5. C. h. t.* Vid. *Laut. hic. Mynf. ad c. 1. n. 48. X. de fid. Instr. Umm. Disp. ad proc.* 17. *n.* 33. Quantopere autem Dd. in resolutione hujus *legis 5.* varient; vide apud *Brunn. ad d. l. 1. ff. n. 9. & L. 3. C. h.* Exceptionis hujus limitationes vid. apud *Umm. d. l.*

NOT. Actor autem videtur uti velle instrumentis, quoties ea producit in judicio firmandæ intentionis gratia, vel si allegat instrumentum in libello, *Umm. dict. disp.* 17 *n.* 33. Non vero si judici saltem secreto ostendat ad ejus informationem, quia non sunt de actis *Guid. pap. dec.* 241. & 242. *Umm. d. l.*

Qv. XI. *Quando reus actori Instrumenta edere debeat?*

Laut. pag. 42. verb. *Reus regulariter.*

RESP. Reus actori & aggressori instrumenta edere, & arma subministrare non tenetur, *L. 4. l. 5. l. f. C. h. R. I.* 1594. §. 60. *Umm. ad proc. disp.* 17 *n.* 34. *Brunn. ad L. 4. C. h. & L. f. C. Eod.* Etsi causa sit summaria, *Umm. d. l.*

Equidem duplex in genere EXCEPTIO est (1) Si reo incumbit probatio: Nam instrumenta æque ut testes sunt medium probationis, uti ergo is, cui onus probandi incumbit, testes producere debet, ita instrumenta producere & actori exhibere debet; idque traditur in *L. 2. C. dilat. Umm. d. n. 34.*

(2) Si actor quoque in iis jus habet, *L. 4. §. 1. l. 6. §. 5. L. 9. pr. L.* 10 *ff. h. L. 7 C. eod.* uti si eo mandante vel consentiente scripta sunt, *Umm. d. n. 34.* vel sint talia quæ tertius edere debet; de quibus *Laut. pag. 43.* quo pertinent rationes argentariorum, *L. 4. pr. L.* 10 *pr. h.* (Idque hodie ad omnia instrumenta publica v. g. Notariorum extendunt. *Pacian.* 1. 63 *n.* 95. Quin ad omnes Mercatores campsores &c. ut edant libros ubi data & expensa continentur *Umm. d. n.* 34.) Vel ipsius sint propria aut communia; *Pacian. de prob.* 1. 64. *n.* 88 *sq.*

Addunt (3) si petantur instrumenta ad fundandam replicationem actoris, *Laut. p.* 43 *pr. Umm. d. n.* 34. quod actor in replicatione sit loco rei. *Dn. Stryk. U. M. h.* §. Sed vid. *q.* 10.

(4) Fisco ex causa fiscali agenti edere reus instrumenta tenetur. *L. 2. §. 2. de Jur. fisc.* (Idque Dd. extendunt ad Ecclesiam, causam matrimonialem, dotem, aliasque causas cum fisco æqualiter favorabiles, quin & causas miserabilium ac religiosarum personarum, *Umm. d. n. 34.*) Quod valde limitat *Umm. d. l.*

(5) In pœnam, uti si reus sit usurarius & ex causa usuraria conveniatur, *Clem. 1 §. Cæterum de Usur* quod extendunt Dd. ad caupones, stabularios, nautas, judæos &c. *Umm. d. Disp. 17. n. 34.*

(6) Si

(6) Si de rei dolo aut fraude probanda agitur, & veritas aliter haberi non poteſt; quod maxime æquum videtur, *Umm. d. n. 34.*

Plures exceptiones ſibi fingunt Dd. & novendecim recenſet *Umm. d. n. 34.* Conf. *Berl. 1. 45. n. 31. ſeq.* Quin arbitrio judicis id remittit *Pacian. 1. de prob. 62. n. 8.* quod recte improbat *Umm. d. l.*

LIB. II. TIT. XIV.

DE PACTIS.

Qv. I. *An etiam nutu conſenſus in contractibus declaretur?*

AFF. *L. 52. §. f. Obl. & Act.* ibi: *Sed & nutu ſolo pleraque conſiſtunt, Goth. ad d. l.*

OBJ. *l. 1. § 2. V. O. Non tantum autem civiliter ſed nec naturaliter obligatur qui ita annuit:*

RESP. ibi propoſitum fuit partibus ſtipulari, cum vero deficiant verba, licet pars annuerit, recte dicitur non valere *civiliter*, ſive tanquam ſtipulationem, neque *naturaliter*, i. e. tanquam pactum, quia non fuit animus paciſcendi.

Hodie etiam ſtipulationem nutu fieri poſſe Dd. dicunt, ſed contrarium demonſtrabitur ad *tit. de Verb. Oblig.*

Qv. II. *An tacitum pactum fiat per conſenſum a lege* præſumtum *vel* fictum?

Ita putat *Auctor h. t. p. 45.* atque ex præſumto præcipue infert *quaſi contractus:* Sed nos dicimus nunquam conſenſum *præſumi* vel *fingi:* Sane omne *pactum* per conſenſum rebus aut factis declaratum fit, *arg. L. 32. §. 1. de Legib.* *Quaſi contractus* vero ex ipſa ratione naturali, ſine ullo commentitio conſenſu, quin & invita parte, valent ac obligant. Vid. *infr. q. 12.* Sed adhuc magis paradoxon eſt, conſenſum *fingi*, indeque plane non adeſſe, in quo ſolo tamen tota ratio pacti conſiſtit. Idque porro probatur ex omnibus textibus, ubi de tacito pacto agitur, ubi ſemper conſenſus ex facto aliquo infertur, nunquam ex præſumtione, nedum ex fictione. Conf. *L. 2. h. t. L. 17. §. 1. de Uſur. l. 5. C. eod. l. 8. Quib. mod. ſerv. amit. L. 38. pr. R. C. l. 2. C. h.*

Laut. pag. 44. verb. *vel ex alia cauſa præſumto.*

OBJ.

OBJ. *L. 4. pr.* & § 1. *h.* ubi ex tacita conventione & pactione esse dicitur, quod invecta & illata in prædio urbano sint tacite pignori. Hic neque ex re, neque ex facto animus paciscendi apparet (quia alias idem esset in prædio rustico) adeoque ex sola præsumtione vel fictione legis.

RESP. Non dicitur quod invecta &c. sint pignori ex tacito consensu, Sed quod pignus valeat ad instar taciti pacti; id enim expresse ita traditur *d. l. 4. pr.* Ergo & pignus & pactum tacite constitui potest sed diverso modo, *hoc* solum ex tacito consensu factis vel rebus declarato, *illud* etiam sine consensu, ex sola legis dispositione. Clarius id traditur in *L. 4. ff. in quib. cauf. tac.* ubi inducta & illata pignori esse creduntur *quasi id tacite convenerit.*

OBJ *l.* 3. *C. in quib. cauf. pign.* ibi: *credantur tacita pactione inesse.*

RESP. loquitur de pignore expresso pacto constituto, scil. de prædio nominatim in pignus dato, & quæritur saltem, an etiam fructus ipsi pignori tacita pactione inesse credantur; nam ex hoc facto, quo debitor prædium in pignus dat, certa ejus voluntas apparet, quod prædium cum omni sua causa, adeoque & cum fructibus, obligatum velit. *Brunn. ad d. l.* 3. *C.*

Quibus ita positis corruunt omnia illa confectanea, quæ ex falsa sua hypothesi Doctores deducunt. Indeque apparet (1) falsum esse, quasi contractum fieri conventione a lege præsumta vel ficta, *Laut. p.* 45. *Vid. q.* (2) falsum esse furiosum ullo sensu pacisci posse &c. *Laut. p.* 47.

QV. III. *An reddito chirographo, ipsum debitum remissum videatur?*

Laut. pag. 33. verb. *ut si debitori &c.*

AFFIRM. (1) quia chirographum non denotat chartam, sed id quod in eo continetur. *L.* 59. *leg* 3. (2) Quia in dubio potius præsumitur pro liberatione, *L* 47. *O. A.* (3) Quia in dubio aliquid actum videri debet, neque illa redditio chirographi frustra & gratis facta videri potest. (4) Per *text. express. in l. 2. §. 1. pact.* Idque (5) communiter ita tradunt Dd. *Bach. V.* 1. *ad Tr. D. 6. th.* 3. *lit. b. Carpz. p. 2. const. 29. def.* 12. *Struv. h.* § 34. *Schurf. cent.* 3. *conf.* 44. *n.* 14. *Schilt. Ex. 8. §. 7.* eamque sententiam naturali rationi convenire putat *Grot. l. 2. c.* 4. §. 4. quod tamen negavimus *in not. ibid.*

OBJ. Quod pignore reddito non censeatur remissum debitum. *l.* 3. *h.*

RESP. ideo manet debitum, quia duæ sunt obligationes, alia debiti, alia securitatis; illa in re debita, hæc in pignore consistit. hac proinde remissa altera salva manet, *arg. l. 22. ff. donat. l. 25. ff. de probat.* Aliter *Schilt. Ex. 8. §. 7.*

Ex his sequitur, debitorem posse petentem creditorem exceptione taciti pacti repellere; quæ etiam fidejussoribus datur, licet debitor chirographum creditori iterum reddiderit, *arg. l. f. pact. Mull. ad Str. d. §.* 34. lit. *b.*

QV. IV.

Qv. IV. *Si plures tabulæ ejusdem debiti sunt, & una saltem redditur, an tamen remissum videatur debitum?*

AFFIRM. (1) iisdem fere rationibus: Nam adhuc in dubio interpretatio magis pro liberatione facienda est. Quibus addatur (2) quod tacita voluntas colligatur ex facto, *l. 32. §. 1. de leg.* factum autem hic consistit in redditione, nam qui retinet, nihil agit. Accedit (3) quod in dubio valeat argumentum a redditione ad remissionem. *L. 2. §. 1. h. Bachov. alleg. l. Dn. Pag. facil. 2. num 45.*

Laut. p. 44. verb. Etiamsi plures.

DISSENT. *Struv. h. §. 34. Hillig. ad Don. Lib. 25. c. 7. lit. M.*

EXC. Si alia redditionis causa probari possit.

OBJ. *l. 4. pr. ff. His qua in test. del.* ubi deleto uno testamento alterum tamen valet.

RESP. præsumtio in testamentis plane alia est ac in pactis. hic enim præsumitur pro liberatione, adeoque contra pactum. *l. 47. O. A.* Sed in ultimis voluntatibus præsumitur pro testamento, idque in favorem ultimarum voluntatum. *l. 10. pr. ff. de inoff. test.*

Qv. V. *An reddito chirographo donata quoque videantur nomina eorum, qui eodem chirographo obligati sunt?*

AFFIRM. Quia creditor, donando chirographum, non chartam donat, sed quicquid in ea continetur, *L. 59. leg. 3.* Adeo ut ratione reliquorum debitorum per cessionem videatur constitutus procurator in rem suam *arg. d. l.*

Laut. p. 44. verb. Quod alios &c.

OBJ. (1) Quod pacta tantum valeant inter paciscentes. *L. 2. §. 1. L. 17. §. 4. h. L. 38. §. 17. V. O.*

RESP. Agitur hic quoque saltem de jure paciscentium, quod contra tertium competit, de quo pro lubitu disponere possunt.

OBJ. (2) Quod hæc esset donatio quæ non præsumitur:

RESP. Non ea nuda donationis præsumtio, sed ex facto illatio est, vide *d. l. 59.*

Qv. VI. *An pactum personale aliis prosit?*

NEG. (1) quia jura personæ cohærentia cum persona exstinguuntur, (2) per *text. expr.* in *l. 25. 1. h. L. 21. pr. h.*

Laut. p. 44. verb. Quod ad personas.

EXC. (1) Si mentio quoque fit hæredis, tunc enim ei quoque in personam prodest pactum defuncti pro ea parte, pro qua hæres est, quia pro ea

parte repræſentat perſonam defuncti. *l. 33. h.* Vid. *Diſp. Dn. Par. de caut. correal.* §. *23. late ſeq.*

OBJ. (1) *L. 17.* §. *4. h.* ubi pactum ne a ſe, neve a filia petatur, non prodeſt filiæ, etſi filia hæres ſit:

RESP. Ibi pater filiæ paciſcitur non ut hæredi, ſed ut correæ, adeoque ut extraneæ, cui paciſci non licet. *L. 38.* §. *17. V. O.* Cum ergo hoc pactum intuitu filiæ ab initio nullum ſit, recte concluditur *in d.* §. *4.* quod poſtea confirmari non poſſit, etſi ex poſtfacto filia hæres exiſtat. *d. diſp.* §. *25.*

OBJ. (2) *L. 56. de V. O.* ubi hæredi paciſci non licet:

RESP. Pactum ibi eſt, ne omnes hæredes debitum ſolvere teneantur, ſed unus totum: Hoc vero fieri nequit, & hactenus inutile pactum dicitur, quia Legibus XII. tabb. adeoque ipſo jure, actiones inter hæredes diviſæ ſunt.

EXC. (2) Prodeſt quoque *ſucceſſori ſingulari:* Indeque pactum initum cum venditore etiam prodeſt emtori *L. 17. ſ. 5. h.* Sed tantum vivo paciſcente, nam eo mortuo omnis vis pacti extincta eſt. *L. 21. pr. h. Diſp. Dn. Par. de caut. corr. ſ. 29.*

Et quanquam hanc ſubtilitatem juris eſſe, indeque hodie ceſſare putet *B. Dn. Brunn. ad d. l. 21. pr. n* 3. vix tamen id conceſſerim; vera hic juris ratio ſubeſt. Quamdiu enim paciſcens vivit, debet neceſſario prodeſſe omnibus qui cauſam a paciſcente habent, alias revera ipſi paciſcenti non prodeſſet, utpote contra quem ſucceſſores ſingulares haberent regreſſum: Quæ eſt vera ratio *d. l. 17.* in qua evolvenda adeo deſudant Dd. Vid. *Schilt. Ex. 8. ſ. 15. & 16.* Aſt paciſcente mortuo, omnis vis pacti exſtincta eſt cum defuncto, adeoque etiam intuitu eorum qui cauſam habebant a defuncto, quippe qui non potuit plus juris in ſucceſſores ſingulares transferre, quam ipſe habet; habuit autem tantum jus perſonale.

EXC. (3) Prodeſt quoque *patri & domino, quin patris hæredi,* ſi ſcil. de peculio conveniuntur, forte ex filiif. contractu, *l. 19.* §. *1. h.* vel ſi de in rem verſo contra eos agitur: *l. 20. h* Modo conveniantur vivo filio paciſcente, *d. l. 21. pr. h.* idque ex eadem ratione quam ante allegavi.

EXC. (4) Prodeſt etiam *fidejuſſori l. f. h.* & quidem per indirectum, quia alias non prodeſſet ipſi reo. Si enim creditor, qui debitorem propter pactum perſonale convenire non poteſt, cum effectu agere contra fidejuſſorem poſſet, hic regreſſum contra debitorem haberet, per *Nov.* 4. *c. 1.* Et ſic per indirectum debitor debitum ſolvere teneretur, indeque revera pactum ei non prodeſſet.

Qv. VII.

Qv. VII. *An Pactum reale aliis prosit?*

AFFIRM. quoties pacifcentis intereft, *l. 32. h. l. 23. pr. h.* Adeoque prodeft (1) HÆREDIBUS, quia repræfentant perfonam defuncti, *l. 57. §. 1. h. l 33. h. t.*

Laut. p. 44. verb. *Et reale &c.*

(2) Pactum rei prodeft FIDEJUSSORIBUS *d. l. f. h.* Scil. fi regreffum habent contra reum principalem: Alias, & fi animo donandi fidejufferunt, pactum ad ipfos non pertinet; *l. 2. 3. h. l. 37. h. l. 25. fidej.* quia rei non intereft.

OBJ. *l. 27 §. 2. pact.* ubi fidejuffori non prodeft pactum rei, *ne peteret.*

RESP. Non prodeft ita ut ipfo jure tollatur actio, fed ita tamen, ut ope exceptionis: Nam de eo folo quærebatur.

(3) SOCIIS & CONDOMINIS, quippe qui regreffum habent contra pacifcentem, cujus proinde hactenus intereft. *l. 34. pr. recept. arb.*

(4) Quibus prodeft pactum perfonale, iisdem multo magis prodeft pactum reale: Vid. *quæft. præc.*

Non vero (5) pactum FIDEJUSSORIS prodeft REO, quia fidejufforis non intereft a debitore pecuniam non peti, reus enim nunquam habet regreffum. *l. 23. pr. h.*

EXC. Si in rem fuam fpopondit, *l. 24. h. t.* vel in fpecie id dictum eft, de quo *n. feq.* vel ipfo jure fublatum eft debitum; de quo itidem *n. feq.*

Nec (6) PACTUM REI, CORREO, *l. 34. pr. recept. arb.* quia itidem rei non intereft ut profit correo, quippe qui regreffum non habet, *arg. L. 23. l. 27. §. 4. h. l. 9. §. 1. de correis. l. 3. §. 3. de liberat. leg.* Secus ergo eft fi interfit rei liberari quoque correum, ut (1) fi correus focius fit, quippe qui actione pro focio regreffum contra reum habet, *d. l. 34 pr.* & de tali debito communi agitur quoque in *l. 2. C. de duob. reis.* (2) Si in fpecie id dictum eft, ut pactum fidejufforis reo, vel pactum rei correo prodeffe debeat, tunc enim datur doli exceptio fubfidiaria, *l. 25. §. f. h. l. 26. eod.* nam dolo agit ille qui contra pactum venit, *l. 2. §. 3. dol. mal. exc.*

OBJ. *l. 24. junct. l 25. pr. h.* Poftquam enim in *l. 24.* dictum fuit, pactum fidejufforis prodeffe reo, pergitur in *l. 25. pr.* & afferitur, idem effe in correis:

RESP. Lex 25. non conjungi debet cum præcedenti, fed cum *l. 23.* quippe quæ utraque eft ex *L. 3 Edict. Pauli*; intermedia autem *lex* 24. ex alio libro *ad Plautium* defumta, & obiter inferta eft.

OBST.

OBST. (2) *L.* 3. §. 3. *liber. legat.* *L.* 31. §. 1. *de novat.* *L.* 28. *de jurej.* *&c.* Ubi pactum rei prodest & nocet correo.

RESP. Agitur ibi non de nudo pacto, sed de modis quibus debitum tollitur ipso jure; Si enim reus liberatus acceptilatione, per rem judicatam, &c. necessario correus liberabitur: Nam debitum amplius non est: Idem est si fidejussor liberatur ipso jure, nam nec tunc reus amplius obligari potest. Vid. *d. diss. de Caut. Correal.* §. 30. *seq.*

Qv. VIII. *An pactum unius reale aliis nocere possit?*

Laut. ibid. NEG. quia nemo alterius conditionem deteriorem facere potest. *l. 24. R. I.*

EXC. (1) Si hæres sit, hic enim succedit in omne jus defuncti. *l. 1. §. 1. Exc. rei vend.* adeoque & in illud pactum. (2) Si successor sit singularis, vel alius causam ab altero habeat, tunc enim pactum, v. g. domini, nocet quoque procuratori, *l. 16. §. 1. h. t.* aut (3) Procurator universalis paciscatur, *l. 10. in f. & ll. seq. h.* quia dominus sibi imputare debet, quod omnia commiserit procuratori.

Non vero (4) pactum rei credendi nocet correo, ac proinde si creditor paciscitur ne petatur a debitore, hoc non nocet correo, sed hic adhuc petere potest, propter regulam ante expositam.

EXC. Si ipso jure liberatur debitor, v. g. per acceptilationem, novationem, &c. tunc enim quia debitum amplius non est, quippe ipso jure sublatum, necessario id nocet correis; neque illi, quod amplius non est, petere possunt: *l. 31. §. 1. Novat. l. 28. jurej.* Neque

OBST. (1) quod alius alii nocere non possit.

RESP. Noxa hæc infertur ipsa potestate legis, quia debitum amplius non est.

OBJ. (2) *L. 27. pr. h.* ubi novatio rei non nocet correo.

RESP. loquitur illa de correo, qui simul socius est: Tunc enim, etsi debitum sit exstinctum, socius agit actione pro socio ad omne id quod æquum & bonum est: Idque expresse ita explicatur in *l. 34. pr. recept. arb.*

OBJ. (3) *l. p. duob. reis,* ubi factum rei nocet correo.

RESP. ibi debitum non tollitur ipso jure ex facto licito, sed illicito, v. g. occidendo servum a correis debitum: Tunc enim suo delicto alii nocere non potest; de quo plenius infra ad *Laut. p. 631.*

Qv. IX.

Qv. IX. *Quodnam sit principium obligationum, quid per causam, & quid per συνάλλαγμα intelligatur?*

RESP. Juxta doctrinam *B Parentis* omnis obligatio oritur ex eo quod quis jus aliquod in alterum transferat & commutet; hoc enim præstare alteri necessario tenetur, quia ita disposuit. *l. 9. §. 3. A. R. D. §. 40. R. D.* Et cum alii jus inde quæsitum sit, ille jus suum petere ac exigere poterit; ac promittens ex regula naturæ suum cuique restituere tenebitur. *Disp. Dn. Par. de Jur. circ. act. imp. Sect. 3. § 22. & 23. & late in Disp. de Jur. pœn. Sect. 2.*

Hinc animus transferendi juris, sive quod idem est, animus se obligandi, ei dicitur causa & principium obligationum, *l. 3. §. 1. O. A. l. 13. §. f. Commod. dict. sect. 3. §. 22.* Et sic ait facile intelligi, quidnam voce *causæ* in *l. 7. §. 2. & 4. ff. pact.* intelligatur: Nihil scil. aliud, quam animus se obligandi, qui apparet ex animo transferendi juris. *dict. sect. 3. §. 24.* Indeque eodem sensu quoque vocari συνάλλαγμα *dict. l. 7. §. 2.* quia commutatio juris causa est omnium obligationum, *dict. sect. 3. §. 25. & 26.* Et hinc putat ex pacto nudo ideo non dari actionem, quia *Causa non subest*, i. e. quia animus se obligandi & transferendi juris deficit, *l. 7. §. 4. pact.*

Addit, animum illum transferendi juris, ac se obligandi, sive quod idem est, causa, ac συνάλλαγμα illud, apparere vel ex verbis, ut in *contractibus nominatis*; vel ex præstatione ipsa, ut in *contractibus innominatis: dict. sect. 3. §. 23.* Indeque concludit, male Dd. solis contractibus innominatis causam inesse, asserere, cum multo magis illa insit contractibus nominatis, *dict. sect. 3. §. 27. & 28.*

Ego quoad *prius* membrum cum *B. Parente* consentio, omnem obligationem ex promissis inde oriri, quod quis sua dispositione jus in alterum transferat, eoque ego aliquid alieni habeam, quod ex regula naturæ ei, cujus est, tribuere debeo. At quod *posterius* membrum attinet, nego per *causam* seu *synallagma* intelligi *animum transferendi juris*, quia hic animus æque in pactis nudis apparet, ac in contractibus: Sed verius est per *causam* JCtos denotasse causam propter quam aliquid promittitur: adeoque mutuam præstationem.

Etsi enim jure naturali ex quolibet pacto detur actio, quia ex omni promissione jus aliquod in alterum transfero; Jus Civile ex utilitate publica constituit, ne actio ex promisso detur, nisi causa quædam vel præcesserit vel sequatur, propter quam promissio fit: adeoque obligatio civilis, ad effectum actionis, non nascitur, nisi ubi aliquod synallagma, seu commutatio juris subest, i. e. non nisi sint mutuæ præstationes.

Per *causam* igitur seu per *Synallagma* intelligunt JCti mutuam præstationem, per textum expressum in *l. 19. ff. V. S.* ubi describunt contractum *ultro*

citroque obligationem, quod Græci Synallagma vocant. *Ulpianus* postquam allegavit pactis inesse obligationem, *si subsit causa*, sequentia affert exempla, *puta dedi tibi rem ut aliam dares, dedi ut aliquid facias*, & tunc concludit, *hoc Synallagma, i. e. contractum esse: l. 7. pr. & §. 1. ff. pact.* Atque hinc idem *Ulpianus* negat ex pactis actionem oriri, *quia nulla causa subest propter conventionem, d. l. 7. ff. 4.* i. e. quia non sunt mutuæ præstationes: Hinc notatu dignissimum est, nec promissionem stipulatam (quæ tamen contractus est) valere nisi causa stipulandi adsit, *l. 3. ff. Cond. sine Causa. l. 2 §. 3. ff. Except. doli.* i. e. nisi mutua sit præstatio. Conf. *l. 3. ff. 1. Obl. & Act.*

Unde jam apparet differentia inter contractus & pacta. *Contractus* enim sunt ubi mutuæ sunt præstationes, adeoque ubi promissioni causa subest, seu synallagma i. e. commutatio juris, vel, ut in *l. 19. ff. V. S.* res explicatur, ultro citroque obligatio.

Effectum novorum horum principiorum insignem esse ait *B. Parens* in universo jure; inprimis autem difficillimam materiam de jure pœnitendi in contractibus exinde deducit: Nam in illis negotiis, ubi animus est transferendi juris, excludi pœnitentiam ait *dict. Disp. de jure pœnit. Sect. 3. § 1.* Atque hinc est quod regulariter in omnibus negotiis nominatis pœnitentia locum non habeat, quia animus transferendi juris ex ipso nomine apparet: At quædam negotia sunt, ubi nihil juris in alterum transfertur, ut in Mandato, Societate, deposito, nudo pacto precario, testamento &c. in his contrahentes pœnitere possunt, *dict. disp. Sect. 3. §. 2. & Sect. 4. per tot.* Conf. *infr. tit. pro Soc. q. 17.*

Quantopere de vero sensu vocis *causæ* disceptetur vide apud *Struv. Ex. 6. th. 30. Suthold. differt. 12. §. 43. Vinn. de pact. c. 8 n. 7 & seq* Ego in commentario ad Grotium demonstrabo (1) jure naturæ qualibet dispositione oriri obligationem ad implendum promissa: idque (2) jure civili quoque verum esse, at (3) ad effectum actionis jure Romano requiri, ut promissio fiat propter causam, i. e. ultro citroque aliquid præstetur: Indeque cessante causa obligationem quidem naturalem ex promissis oriri, at non actionem. (4) per *causam* igitur non intelligi animum transferendi juris, sed præstationem mutuam. Atque hinc (5) ea negotia, ubi causa seu mutua præstatio est, *contractus* dici, ea vero negotia, ubi non est mutua præstatio, *pacta sive nuda sive vestita.*

Qv. X. *An ex nudo pacto oriatur obligatio?*

Laut. p. 44. verb. Hoc natural. & pag. 49 verb. Nuda obligationem &c.

Equidem *jure naturali* ex quolibet pacto oriri obligationem certum est, nam (1) prout partes de suo jure disponunt, ita jus est, si proinde aliquis promittit alteri se 100. daturum, se ei rem venditurum, obligatur quatenus promisit, quia hactenus jus in eum est translatum. Hinc (2) Prætor cum rigorem

juris

juris civilis (quo nulla obligatio ex pacto oriebatur, nisi ubi mutuæ erant præstationes, i. e. ubi causa suberat) mitigare, & saltem exceptionem ex pacto dare vellet, regulam hanc naturæ allegavit, *nihil tam fidei humanæ congruum esse quam pacta conventa servare. l. 1. pr. Pact.*

At *jure civili* ob utilitatem publicam, & ne temere quis alii se obligare possit, plane nulla obligatio ex pactis oriebatur, *nisi ubi causa subesset*, i. e. nisi mutuæ essent præstationes: Vid. *q. præced.* idque verum erat, etsi de animo se obligandi constaret. Neque tamen ideo hac in parte iniquum est jus civile. Nam (1) & jure gentium & jure civili varia contractuum & negotiorum genera introducta ac formata sunt, ut certa sui obligandi constaret ratio, ne homines temere, & ex lubrico sæpius linguæ, vinculo juris illigarentur: Merito igitur prospexit jus civile, ne ulla pacta extra hos modos publice probatos, vim juris haberent; Idque (2) pariter JCti fecerunt circa actiones, nam illis quoque, ne populus prout vellet actiones institueret, certus modus, certaque forma præscripta fuit, qua neglecta, actione sua excidebat actor. *L. 2. §. 6. ff. de O. J.* Quin cum (3) propter neglectum insinuationis, & levissimæ aliquando solennitatis, totum negotium vitietur, temerarium esset jus hoc civile, ex utilitate publica ad refrenandas lites & fraudes constitutum, suggillare, uti id vulgo Dd. faciunt. Sed & (4) in plerisque causis, ubi talis animus apparebat, vel præsumendus erat, a prætore actiones datæ sunt, & illa dicuntur pacta legitima: Quod exemplum sequuti Imperatores, & ex variis pactis actiones dederunt: Quæ latius persequitur *Dn. Par. in disp. de Jur. circ. act. imperf. sect. 3. §. 32. & seq.*

DISSENT. *Mestertius* qui in *tract. de Justit. LL. Rom.* ut defenderet justitiam legum Romanarum, eo delapsus est, ut statueret jure Romano ex nudo pacto quoque actionem ortam fuisse, *dict. sect. 3. §. 1. & 2.* Urget vero ille (1) regulam in *l. 1. pr. h. nihil tam congruum esse fidei humanæ, quam ea, quæ placuerunt inter homines, servare.*

RESP. qualiter vero servanda sint, exponit idem JCtus in *l. 7. §. 4. ff. Eod. tit.* Scil. per exceptionem.

OBJ. (2) *Dict. L. 1. §. 2. pact.* Ubi pactum nudum in sola voluntate & consensu partium consistit, & tamen id servandum dicitur. *l. 7. §. h.*

RESP. Eadem est resolutio; scil. prætor servat pacta, dando exceptionem ex nudis, & actionem ex illis quibus causa subest. Vid. *obj. seq.*

OBJ. (3) *l. 7. §. 7. h.* ubi prætor ait *servabo pacta;* servare autem est tueri actione, *l. 44. §. fam. erc.*

RESP. Imo servare pacta duplici modo dici potest, vel per *actionem*, ut in pactis legitimis, de quibus *Laut. p. 46.* Vel per exceptionem, ut in reli-

quis

quis pactis nudis, & lege non confirmatis. *l. 7. pr. & §. 7. ff. de pact.* Atque ita expresse distinguitur *d. l. 44.*

OBJ. (4) *l. 10 O. A. l. 16. §. 4. fidej.* Ubi ex naturali obligatione actio nascitur: In pactis nudis autem subest naturalis obligatio.

RESP. Naturales obligationes etiam in jure dicuntur, ex quibus actiones dantur, & quæ mixtæ dicuntur. Conf. *l. 5. pr. §. 1. Aut. tut.* at illæ, ex quibus tantum exceptio datur, naturales in specie dicuntur; ad quas pacta nuda pertinent. *l. 1. pr. & ff. 4. pact.* Vid. *infr. q. 39.*

OBJ. (5) *l. 3. §. 4. Cond. caus. dat. &c.* ubi dicitur *placuisse dare*; & ex hoc placito oriri actionem præscriptis verbis dicitur.

RESP. Falsum est ibi nudum placitum esse, sed contractus ibi est innominatus, a parte dantis perfectus, unde actio præscriptis verbis datur. Eadem responsio est ad *l. 6. C. de transact.* ubi mater a sua parte jam implevit.

OBJ. (6) *l. 84. ff. f. R. I.* ubi dicitur illum jure gentium dare oportere cujus fidem secuti sumus.

RESP. Verum hoc est de jure naturæ, sed jure civili non sufficit aliquem alterius fidem secutum esse, nisi & formam jure civili præscriptam exacte servaverit.

Dissent. Laut. p. 49. verb. *Quod nec J. Can.*

JUS CANONICUM discessit a jure civili propter æquitatem quæ pacta servare jubet, indeque ex pacto nudo actionem dat: Idque probatur (1) ex *c. 1. X h.* verb. *conventus sentiat disciplinam ecclesiasticam &c.* ergo conventus mediante actione compelli ad implendum pactum potest; sive autem per judicem secularem, sive per ecclesiasticum id fiat, nihil interest. (2) Ex *c. 3 X. h. t.* ubi indistincte dicitur promissum esse servandum. (3) *c. 1. c f. pact. in 6. verb. perpetuo inviolabiliter observari.* (4) Apparet id præterea ex specie *dict. c. 1. X.* proposita; agitur enim de eo qui possidet, & a quo petitur, & qui compelli potest ad jura parochialia præstanda, quod non nisi mediante actione fieri potest. (5) Ex *C. 8. c. 20 q 1. C. p. c. 18. q. 2. C. 66. c. 12. q. 2.* ubi pactis compulsio quædam adjungitur. *Dn. Stryk. U. M. h. ff. 8. Struv. Evol. h. t. th. 17* ubi objectiones 4. facit, quæ vero recenseri non merentur, adeo clara est resolutio ex iis quæ jamjam tradita sunt.

MORIBUS confirmatum est jus Canonicum, ita ut hodie omnia pacta nuda producant obligationem. *Disp. Dn. Par. de Jure pœnit. S. 4. ff. 10. Brun. ad W. h. q. 68. Carpz. p. 2. const. 19. def. 17. n. 8. Mev. p. 5. dec. 407. Dn. Stryk. U. M. hoc tit. §. 3. Pagenst. 2. sicil. §. 52. Dn. Par. Hyp. Inst. tit. de oblig. §. 16.*

QV. XI.

Qv. XI. *An ex pacto de permutando, vendendo, &c. detur actio, & quid hodie?*

RESP. Si duo conveniunt de re permutanda vel vendenda, omnino obligantur partes, & quidem quatenus conventum eſt, nimirum ſi quis in genere alteri promittat, Er wolle ſein Haus mit ihm vertauſchen, oder Er wolle ihm ſein Haus verkauffen, non nominatis rebus quæ viciſſim præſtari debent, nec addito pretio (nam ſi nominatæ ſunt, vera eſt permutatio & ſi definitum eſt pretium, vera emtio eſt;) alteri hactenus jus inde quæſitum eſt, ut promittens teneatur offerre rem permutandam ac vendendam, ſi alter nolit dare vel rem quam promittens viciſſim rogat, vel pretium quod promittens poſtulat, pacto ſuo ſatisfecit, nec ulterius obligatur.

At quia revera promittentis hic non intereſt, cum rogando rem pretioſiſſimam pro vili, vel enormiſſimum pretium conſtituendo, inutile pactum reddere poſſit: merito denegatur actio moribus, *Mev. p. 2. dec. 213. n. 3. Diſp. Dn. Par. de differ. pact & ſtip S. 1. ſ. 3. Stryk. U. M. h. §. 8. Struv. Ex. 6. th. 32. n. 2. 25. th. 13. Carpz. p. 2. c. 23. def. 23. Struv. Evol. ad Laut. d l. p. 395.* Secus ergo in pactis de mutando, commodando, ubi omnino intereſt. *Stryk. ad tit. de Reb. cred. §. 3. ſeq.*

Qv. XII. *An quaſi contractus recte dicantur fieri conventione a lege præſumta vel ficta?*

NEG. Sed ex natura facti, quo quis negotium alienum gerit: ex eo enim (1) naturali lege tenetur rationes reddere, & reſidua præſtare, ſive nolit, ſive velit: Neque magis ab ipſius id voluntate pendet, quam a furis, ut rem furto ablatam reſtituat domino. Igitur, ſi quid ex re aliena penes me eſt, ex regula naturæ, non minus, ac ſi ita contractum eſſet, reſtituendum eſt ei, ad quem pertinet, etſi nihil contractum ſit: Uti ſi quis indebitum, vel ex alterius abſentis negotio, vel tutela, vel communione accepit, tenetur invitiſſimus quoque id reſtituere. *l. 38. Cond. indeb. l. 13. in f. Commod. l. 32. in f. de R. C. arg. pr. Inſt. de juſt. & jur.* (2) Aut præſumtio illa ſufficit probando conſenſui, & erit verum pactum, non quaſi; aut non ſufficit, & non poterit ex eo, de quo non apparet, jus & obligatio inferri, cum inprimis fundamentum intentionis probandum ſit; nedum ut fictio ſufficiat. Etenim in re, cujus tota ratio conſiſtit in conſenſu, pugna eſt, obligationem oriri ex conſenſu, qui vel plane non eſt, vel non apparet. Vid. *ſup. qu. 1.* (3) Quin adeo non ex conſenſu oritur quaſi contractus, ut & contra voluntatem quoque obligatio inducatur: Ita enim prædo negotia aliena gerens, ex hoc facto tenetur, licet ſui lucri cauſa id agat. *l. 6. §. 3. de Neg. geſt.* Hinc (4) infantes quoque ex ge-

Diſſent. Laut. p. 45. verb. Qui fit conventione a L. præſumt. &c.

ſtione

ſtione negotii alterius obligantur, licet nec præſumi conſenſus nec fingi poſſit, ubi per naturam eſſe nequit. *l.* 3. §. 2. *de Neg. geſt.*

OBJ. (1) Etiam ſtipulationem fingi ineſſe doti, quæ nulla ſit, *l. un. C. de Rei ux. act.*

RESP. Id ſpeciale privilegium & jus ſingulariſſimum eſt, in ſolo caſu dotis, ac in ejus favorem conſtitutum: Non vero in ea fictione communis natura ſtipulationum conſiſtit, ut hic de quaſi contractibus ſtatuunt. Etſi enim ſingulari caſu jus ex fictione contra communem regulam ac rationem ſtatui poſſit, *l. 6. de Legib.* communis tamen ratio & natura quaſi contractuum, quæ in facto licito circa negotia aliena conſiſtit, non magis quam ſtipulationum, quæ conſenſu verbali fiunt, in præſumto vel ficto conſenſu ſtatui poteſt.

OBJ. (2) *L. 13. ff. Commod.* ubi quaſi contractus tacita obligatione conſtituuntur.

RESP. Ex eo textu contrarium magis probatur: Tacita enim obligatio ibi opponitur ei, quæ ex voluntate partium oritur: Expreſſe enim dicitur, eam oriri *præter mentem earum, & extra id quod actum eſſet:* Adeo ibi nulla plane voluntatis ſeu conſenſus ratio habetur, ut ne id quidem curetur, quid actum ſit, ſed omnino ex eo, quod alter rem alienam aut indebitum acceperit, illud reſtituere teneatur.

OBJ. (3) *L. 14. §. 1. ff. Comm. div.* Ubi geſtor non poteſt repetere impenſas, niſi habuerit animum alteri gerendi.

RESP. (1) Non agitur ibi de obligatione directa ex quaſi contractu, quæ domino abſolute competit; ſed de contraria actione geſtoris ad ſumtus repetendos; quæ tantum ex bono & æquo, & proinde non illi datur, qui vel prædoneo more, vel animo ſibi lucrandi agit; utique niſi dominus locupletior inde fiat. *dict. L. 6. §. 3. de Neg. geſt.* Sed nec (2) ibi agitur de negotiorum geſtore, verum de eo qui rem alienam animo domini bona fide poſſidet & gerit, qui interim pro domino habetur, non pro geſtore; unde cum nullum negotium geſſiſſe intelligatur, plane non impenſarum repetitio, ſed tantum retentio competit, prout evidenter id declaratur in *L. 33. ff. de Cond. indeb.*

OBJ. (4) *L. 6. §. 3. Neg. geſt.* Ubi prædo quoque ex mala ſua geſtione, adeoque ex facto illicito, tenetur quaſi ex contractu.

RESP. In omnibus negotiis initium & origo inſpici debet: *L. 4. ff. ſi menſ. falſ. mod.* §. 22. *Inſt. R. D. L. 30. §. 2. A. R. D.* quæ hic eſt negotii geſtio, etſi delictum accedat.

Qv. XIII. *An dotis promissio sit pactum legitimum?*

AFF. quia post confirmationem Imperatoris demum actio inde data est. *L. 6. C. de Dot. prom.*

Laut. p. 46. verb. Dotis promiss.

OBJ. *L. un. pr. C. de Rei Ux. act.* Ubi præterea actio ex stipulatu datur pro dote promissa: Ergo videtur potius contractus verbalis.

RESP. Imo manet pactum legitimum, sed unde singulari privilegio actio ex stipulatu datur, licet stipulatio non accesserit. Vid. *quæst. præced. Obj. 1.*

Qv. XIV. *An conventio hypothecæ sit pactum legitimum?*

AFFIRM. quatenus ex pacto oritur, & personalis est; ex illa conventione enim actio datur pignoratitia. *L. 17. §. 2. h. l. 1. pr. pign. act.*

Dissent. Laut. p. 46. verb. Non vero conventio &c.

OBJ Quod tamen ex hoc pacto actio realis competat.

RESP. Imo illa actio hypothecaria sua natura personalis & ex pacto est, quod vero contra quoscunque possessores detur, id non ex pacto, sed demum ex edicto prætoris est. Vid. *sup. L. 1. tit. 1. quæst. 8. pag. 6.*

Qv. XV. *Quænam sint pacta legitima liberatoria?*

RESP. Quæ ita in lege confirmata sunt, ut actionem ipso jure tollant; Talia reperiuntur duo, scil. ne furti agatur, vel injuriarum, aut vi bonorum raptorum, quæ est species furti. *L. 17. §. 1. h. L. 27. §. 2. & 4. Eod.* Quæ adeo liberant, ut licet postea iterum convenerit, *ut agere possit*, non tamen actio inde detur: Ratio additur *d. l. 27. § 2. Quia & prima actio sublata est, & posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: Non enim ex pacto injuriarum &c. datur actio injuriarum*, furti &c. *Sed ex contumelia*, furto &c.

Laut. p. 46. verb. Liberatoria.

OBJ. *L. 4. §. f. L. 5. l. 6. § 3. de his qui not. inf.* Ubi paciscentes ne furti, injuriarum &c. agatur, fiunt infames.

RESP. Alia quæstio est, an pacto ne furti &c. agatur, liberetur ille, qui injuriam, furtum &c. fecit; quod affirmavimus ex *dict. leg.* Alia, an paciscens fiat infamis, quod itidem verum est, quia pacto tantum tollitur id, quod in arbitrio privatorum est, infamia vero dependet a lege. *L. 15. pr. ad Municip. l. 1. §. 4. ad Sc. turpil.*

Qv. XVI. *An pacta nuda liberatoria tollant obligationem efficacem ipso jure?*

Laut. p. 46 in fin. verb. Quo de J. Civ. naturalem &c.

NEG. Quia obligatio efficax, tanquam jus firmius, non potest per naturalem obligationem, quæ ex pacto oritur, adeoque per jus infirmius tolli:

Sed

Sed hæc ope tantum exceptionis priorem elidit. *l. 17. §. 2. l. 27. §. 2. h.* § 3. *Inst. de Except.*

OBJ. *L. 95. §. 4. de solut.* ubi nudo pacto liberatorio prior obligatio ipso jure quoque tollitur.

RESP. Non loquitur de obligatione efficaci, sed naturali, quæ per aliam naturalem ipso jure tolli potest, jam enim ratio illa cessat.

QV. XVII. *An hodie omnia pacta liberatoria tollant obligationem ipso jure?*

NEG. Quia jure civili duo tantum pacta ad id confirmata sunt, *l. 27. §. 2. & 4. h.* nec plura moribus addita probari possunt: quod hodie quoque ita in praxi obtinet. *Disp. Dn. Par. de diff. hod. pact. sect. 2. §. 2. Hyp. de Obligat. §. 16. Brunn. ad W. h. quæst. fin.* licet alii dissentiant. Vid. *Dn. Stryk. U. M. h. § 9.*

OBJ. quod ex omni pacto liberatorio hodie detur actio. Ergo & omni pacto liberatorio ipso jure tolli actio videtur: quia contrariorum contraria est ratio.

RESP. *Dn. Par. in Coroll. ad Disput. de Feud. hæred. Mixt.* his verbis: Eadem ratione inferri ita potest: Jure communi ex obligatorio pacto hypothecæ, donationis, dotis, constituti, nautici fœnoris, usurarum, frumenti mutuo dati, data fuit actio: Ergo & liberatorio pacto, hypothecæ &c. seu ne hypothecæ, donationis, dotis, constituti, fœnoris nautici, usurarum prædictarum nomine agatur, actio ipso jure sublata fuit. Hoc vero falsissimum esse constat, cum jure communi nullis pactis liberatoriis actio ipso jure extinguatur, nisi paucis illis, ne furti vel injuriarum agatur. *L. 17. §. 2. vers. Sed si pactum ff. de Pact.* ubi & illa sola excipiuntur & specialissima ejus rei ratio redditur. Nec de eo ulla lis est. Porro, si quis tam crude hoc cæreo Brocardico *Contrariorum contraria ratio est*, inniti velit, quid non inferri inde posset? Nigrum esse & album esse contraria sunt: Nigrum vero visibile est: Album ergo contraria ratione invisibile foret. Ægrotum & sanum esse itidem contraria sunt. Cum igitur ægrotus vivat; sanum e contrario mortuum esse oporteret. Et sic innumera alia, quæ ab omni ratione abhorrent. Sobrie itaque generalibus his illimitatisque scholarum enunciatis utendum, & illud, quod nunc affertur, *Contrariorum contraria ratio est*, ut aliis pluribus modis, ita præcipue sic limitandum est, ut non valeat 1. nisi quatenus & in quo contraria sunt; & 2. nisi alia alterius membri ratio sit. In quæ duo nunc impingitur. Nam 1. pactum obligatorium & liberatorium in eo tantum contraria sunt, quod illo promissor obli-

obligetur, hoc liberetur; in modo autem justa oppositio non est; nec in obligatorio aliquid est, cui clausula, *ipso jure*, tanquam contraria opponatur. 2. Alia ratio est in altero membro: Obligatoria enim assistentiam juris habent a canonibus & moribus, ut actionem producant; liberatoria eam non habent ad hoc ut ipso jure liberent.

OBJ. (2) Quod magis debitor liberari quam obligari præsumendus sit, quia liberatio est favorabilior.

RESP. *Dn. Par. d. l. 1.* Liberatur omnino; de modo liberandi tantum quæritur.

RESP. 2. Ita inferendum quoque esse; jure communi debuisse plura pacta legitima liberatoria esse quam obligatoria, cum contra plura fuerint obligatoria.

RESP. (3) Ex ejusmodi brocardicis nihil solide infertur, sed ad ea refugium tantum est in casibus plane dubiis, quia nulla alia ratione certiore decidi possunt.

OBJ. (3) Quod stipulatio & pactum hodie æquiparata sint, indeque non differant, uti ergo stipulatione ipso jure tollitur obligatio, ita per pactum quoque ita tolli videtur.

RESP. Etsi facile concedamus ex pacto hodie æque dari actionem ac ex stipulatione, nullo tamen modo inde evincitur stipulationem non differre a pacto, uti id adeo luculenter demonstravit *Dn. Par.* tum in *disp. de Diff. hod. pact. sect. 2. & 3. per tot.* tum in ante allegato *corollario*, ut mirer esse, qui dissentiant. Sed & (2) licet pacta æquiparata essent stipulationi in producenda obligatione, non tamen probari poterit, æquiparata esse in ea tollenda, derogationes enim sunt strictissimi juris: adeoque cum pacta nuda contra rationem juris civilis hodie producant actionem, non etiam extendi id debeat ad eum effectum ut eandem ipso jure tollant.

Qv. XVIII. *Quid intersit, an obligatio ipso jure tollatur, an ope exceptionis? & Quid hodie?*

RESP. Si obligatio semel *ipso jure* extincta est, nihil amplius exinde valere potest, si vero *ope exceptionis* eliditur, tunc actio durat, sed inter paciscentes effectum non habet: Hinc (2) *ipso jure* non finiri potest obligatio nisi modis jure civili ad id constitutis, v. g. stipulatione, novatione &c. Quia obligatio civilis non nisi per civilem obligationem tolli potest. *arg. l. 35. R. J.* Sed *ope exceptionis* elidi obligatio potest, licet modus non sit civilis, sed prætorius, uti

per pactum nudum. *dict. disp. sect. 3. §. 3. & 19.* Vid. *sup. q. 16.* Hinc (3) obligatione *ipso jure*, v. g. stipulatione, extincta, necessario liberantur fidejussores & pignora, *L. 43. solut.* item correi, *l. 2. de duob. reis. l. 31. Novat. §. 1. Inst. duob. reis.* non vero si *ope exceptionis*, sive nudo pacto. *l. 23. l. 25. pr. pact. d. Sect. 3. §. 6.* (4) Si transactio per novationem fit, indeque ipso jure prior actio tollitur, tunc dans recedere, & priorem actionem instaurare non potest, etsi accipiens implere nolit; sed actio subsidiaria de dolo datur. *L. 4. C. transact. Carpz. l. 5. Resp. 7. n. 5.* Si vero pacto saltem transactum est, dans potest recedere, & pristina actione (quippe quæ adhuc durat, & non nisi ope exceptionis elidebatur) agere, *L. 14. C. transact. L. 3. pr. L. 4. L. 10. ff. Cond. caus. dat.* Hinc (5) obligatione *ipso jure* extincta debitor solvens non amplius agit ad cessionem actionum: sed ea extincta *ope exceptionis* adhuc agere potest. Vid. infr. *ad tit. de Fidej.* Indeque (6) fidejussores post solutionem non agunt ad cessionem actionum, *L. 38. Fidej.* Ast mandatores sive nudo pacto constituti agunt, *L. 28. Mand. dict. sect. 3. §. 20.* (7) Actio ipso jure extincta alii cedi non potest, secus si ope exceptionis extincta est, *dict. sect. 3. §. 4. 19. & 23.* Conf. *L. 4. §. 27. §. 31. ff. dol. mal. Exc.*

OBJ. *L. 112. R. J.* Ubi nihil interesse dicitur, an quis ipso jure non habeat actionem, an exceptione infirmetur.

RESP. Quoad effectum liberationis nihil interest, perinde enim debitor liberatur ac si actio non esset; At modo liberationis aliisque effectibus interest plurimum; de quo Vid. *Disp. Dn. Par. de differ. pact. & stip.*

Parum ergo considerate nonnemo in *Disp. de Inut. pact. Rom. divis. pag. 10.* hæc vocat subtilitates juris civilis, nisi omnia jura civilia, quis ita appellare velit; etenim plurimi & insignissimi ejus distinctionis effectus sunt, quorum neglectus aut rejectio universum jus vagum ac incertum redderet, quæ ipsa incertitudo exitiosissima jurisprudentiæ pestis est.

Qv. XIX. *An pacta in continenti adjecta contractibus b. f. producant actionem ex ipso contractu?*

Laut. pag. 46. verb. in continenti adjecta contractibus.

AFFIRM. per *text. express.* in *l. 7. §. 5. ff. l. 13. C. h. l. 72. ff. de contrah. emt.* Nam in negotiis b. f. judex judicat (1) de eo quod conventum est, & (2) quod ex natura negotii æquum videtur. *l. 31. pr. depos. l. 2. §. f. Obl. & act. §. 29. Inst. de Act.* Adeoque actor quoque in illis negotiis agit, ut præstetur non tantum quod conventum est, sed & quicquid æquum & bonum est; *dict. leg.* Summæ autem æquitatis est Pacta in continenti adjecta servari. *L. 7. §. 7. h. Struv. h. §. 27. & Muller. ad Struv. Ex. 6. §. 28.*

OBJ.

Obj. (1) *L. 50. ff. de contrah. emt. L. 2. C. pact. int. emt.* ubi ex pacto in continenti adjecto actio præscriptis verbis datur, non ergo actio ex ipso contractu.

Resp. Non fuit ibi impleta conditio venditionis, indeque dubitatum, an venditi actione precium peti posset, ubi venditio non fuit deficiente conditione: Licet enim per emtorem steterat, indeque pro impleta habeatur conditio, id tamen non est ex partium consensu, & ex pacto venditionis, sed contra pacti formam, ex lege, in pœnam emtoris, per quem stetit. In hoc igitur dubio data fuit actio præscriptis verbis, quæ in eventum, si de actione dubitetur, solet dari. *L. 1. ff. de Præscr. verb.* Deinde vero convenit inter JCtos, ut omni contractu b. f. contineretur quicquid æquum & bonum est, perinde atque si de eo expresse conventum esset. Qua ratione cum & illud æquum esse intelligatur, quod lege constitutum est, scil. conditionem pro impleta haberi, si per alterum steterit, hoc quoque pro convento & expresso habetur. Et hinc factum, ut duæ in *dict. leg. 50.* actiones concurrerent; *ex vendito*, quasi impleta conditione, & *præscriptis verbis*, quæ interim jam recepta propter dubitationem fuerat.

Obj. (2) *L. 6. ff. de Rescind. vend.* Ubi itidem ex tali pacto actio in factum datur.

Resp. Eadem hic est respondendi ratio: Nam & hoc satis monstrosum videbatur, ex ipso contractu dari actionem ad infringendum contractum; & cum totus effectus contractus & promissionis sit, ut impleatur, contradictio videtur, effectum ejus esse, ne impleatur, sed ut negotium resolvatur, indeque actio specialis *in factum* data est; quæ vero non excludit actionem ex ipso contractu; Sane contradictionem illam conciliat ea quam dixi ratio, in b. f. negotiis pro convento id haberi, quod æquum est: Si ergo æquitas postulat, negotium aliquo casu resolvi, id quoque eo negotio comprehensum intelligitur, & ipsa inde orta actione peti poterit. Idque JCti insigni compendio ita statuerunt, ut probat *Dn. Par. in Lect. Grot.*

Adeo autem datur actio ex ipso contractu, ut licet pactum adjectum in proprium nomen contractus transeat, tamen non ex eo, sed priori contractu agatur; & posterior pro pacto adjecto habetur. *l. 1. §. 12. depos. l. 8. pr. Mand.* de quo plenius infra *L. 18. tit. 1. q. 30.* Potest autem contractus contractui accedere, v. g. mando negotium cum pacto adjecto ut rem acceptam custodias, est mandatum cum pacto depositi, ex quo pacto tamen non actione depositi, sed mandati agitur, *dd. ll. L. 5. §. 4. Præscr. verb.* Ita si depono nummos apud te cum pacto mutui, seu ut tanquam mutuo uti possis, *l. 24. l. 25. l. 26.*

§. *1. depos.* pecuniam non repeto actione ex mutuo, etsi ut mutuum consumseris, sed depositi: Cui tamen.

OBJ. (1) *L. 10. R. C.*

RESP. Ibi alternative conventum est, ut vel custodires rem, vel utereris, tunc enim ab eventu pendet qualis sit contractus, *d. l.*

OBJ. (2) *l. 1. §. 8. depos.*

RESP. Ibi non sunt duo contractus, v. g. depositum cum locatione, sed vel mera locatio custodiæ, si mercedem acceperit; vel depositum, si non acceperit.

OBJ. (3) *l. 6. l 7. Novat. l. 126. §. p. d. V. O.* Ibi: *nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamus, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum.* adeoque videtur posterior contractus prævalere, & ex eo, non ex priori, actio dari.

RESP. (1) plane non agitur de casu, ubi duo sunt contractus, quorum posterior per modum pacti adjectus est priori, sed agitur (2) de uno contractu mutui, qui per numerationem incipit, & per stipulationes perficitur: Hic ergo una est obligatio verborum, quia nihil interest, an numeratio stipulationem præcedat, an eam sequatur. *d. l. 6. §. 1. d. l. 7.*

Plurimum vero *hodieque* interest, ex contractu, an ex pacto adjecto, & si duo contractus videantur, ex priori an ex posteriori detur actio, *l. 1. §. 8. depos.* Etsi enim hodie ex pactis detur actio, illa tamen est stricti juris, *Vid. quæst. seq.* Præterea cujusque actionis propria natura & qualitas, ac diversissimæ sunt præstationes atque effectus: ut in usuris, effectu moræ, in dolo & culpa ejusque gradibus, iis de quibus expresse contractum non fuit, aliisque, de quibus *Beat. Par.* in *disp. de Us. & differ. hod. pact. & stip.*

QV. XX. *An pacta in continenti adjecta contractui stricti juris, producant ex eo actionem?*

Laut. ibid. NEG. Nam (1) id tantum constitutum esse in pactis adjectis contractui *b. f.* aperte testatur *L. 13 c. l. 7. §. 5. ff. h. t.* (2) Per *text. expr.* in *L. 11. §. 1 ff. de Reb. cred.* ubi decem mutuo datis eo pacto, ut undecim restituantur, ex hoc pacto undecimum peti non posse dicitur. *L. 3. C. Usur.* Quod (3) ipsa horum contractum natura demonstratur; etenim certum est, actionem ex stipulatu non oriri nisi ex verborum obligatione, nec condictionem ex mutuo nisi ex reali numeratione: Atqui pactum nudum neque verbis constat, neque traditionem continet. Igitur, si v. g. 10. stipuleris & alter præterea unum, pacto nudo,

nudo, adeoque in universum 11. tibi spondeat: Vel 10. mutua dederis, cum pacto ut unum amplius, adeoque 11. restituantur, ipsa utriusque contractus substantia repugnat, undecimum nummum ex stipulatu vel ex mutuo peti, quem neque stipulatus es, neque mutuum dedisti; & mera contradictio est, eum ex stipulatione peti, si forte nutu tantum vel scripto vel per nuncium promissus sit; vel ex mutuo, si non sit traditus, eoque meum tuum factum. (4) Sed & alia ratione resistit natura horum contractuum; Illi enim in eo a bonæ fidei judiciis separantur, (quod nihil ex eis peti possit, nisi de quo contractus ille initus est; quod & rationi & naturæ conveniens esse probatur a *Beato Parente* in *Lect. Grot.*) prædictus autem nummus in contractum stipulationis non venit.

His juribus inprimis OBSTARE videtur, plenum injustitiæ esse, non posse peti, quod natura æquum & bonum est præstari.

RESPONDENT: Aliam esse æquitatem stricti juris, aliam bonæ fidei. Verum longe solidior observatio neglecta est. Non enim in jure statuitur, illa quæ natura æquum est præstari, non posse peti; Sed non posse peti ex eo contractu; Nam ex propria causa, & separatis actionibus, v. g. ex delicto, vel in factum possunt; utique si verum sit, naturali jure præstanda esse; (ex pacto enim nudo natura actionem dari negamus: uti plenius id explicavimus *sup. quæst. 10.*)

Notandus igitur est duplex bonæ fidei judiciorum effectus; *alter*, quod quædam, quæ alias peti non possent, in his negotiis possint; *alter*, quod ex ipso hoc contractu omnia possint peti, ut non opus sit pluribus actionibus & processibus: de qua egregia inventione juris Romani, & combinatione causarum *Beat. Par.* in *Lect. Grot.* egit.

OBJ. (1) *L. 27. C. de Pact.* Ubi stipulationi in continenti accedit pactum & inde actio ex stipulatu datur.

RESP. Aliud est an pactum stipulationi adjectum, aliud an ipsa stipulatione comprehensum sit, posterius occurrit in *d. l. 27. C. de Pact.* ubi talis est stipulatio: Quicquid inter nos pacti, vel quicquid pacturi sumus, id me daturum facturumque spondeo. Quicquid igitur inter eos convenit, vel conveniet, ipsa stipulatione continetur, perinde, atque si verbotenus ea expressum esset; Eodem modo, ut, cum quis quod in rationibus continetur, spondet; si certa summa, v. g. 1000. aureorum in rationibus inveniatur, hæc summa in ipsa stipulatione expressa videtur; *arg. l. 77. de Her. Inst.* Idem enim sunt res descripta & descriptio. *L. 6. verb. an vocabulis quibusdam demonstretur de Reb. Cred.*

OBJ. (2) *L. 3. ff. Reb. Cred.* verb. *etsi non cavimus*; Ergo stipulationi pactum adjici potest.

Resp. Agitur ibi de tali pacto, quod ipſa natura mutuo ineſt, adeoque pacto adjici ſupervacuum eſt. Non igitur obligat talis diſpoſitio tanquam ex pacto, quod abundat; ſed ex ipſa lege & natura contractus. *Struv. Evol. h.* §. 28.

Obj. (3) *L. 6. de eo quod cert. loc.* ubi mutuo pactum adjici poteſt, ut certo loco debeatur.

Resp. Ibi non agitur de pacto adjecto, ſed de lege, qua reſtringitur obligatio ad certum locum, ne debitor alibi conveniri poſſit; quo caſu alibi agens exceptione plus petitionis repellitur.

Obj (4) *L. 45. & 48. de Pact.* Ubi quodcunque pactum traditioni adjectum valet ad effectum actionis, ſive proinde traditio fiat ex negotio bonæ fidei, ſive ſtricti juris.

Resp. Loquimur de pactis adjectis contractibus, non traditionibus: Cur vero pacta traditioni adjecta ſemper valere debeant, demonſtrabitur infra.

Obj. (5) *L. 13. pr. Comm. præd.* ibi: *per ſtipulationis vel venditionis legem obligantur.*

Resp. Non agitur ibi de pacto *ſtipulationi* adjecto, ſed de ſtipulatione vel pacto *venditioni* adjecto, & ſic per legem ſtipulationis intelligitur ipſa ſtipulatio venditioni adjecta; per legem venditionis pactum venditioni adjectum, quia hoc non eſt ſeparatum a venditione negotium, ſed pars ejus quæ ipſi ineſt, & dici ſolet lex contractus bonæ fidei, *L. 7. §. 5. h.* Stipulatio autem diverſus eſt contractus, etſi accedat venditioni.

Obj. (6) *L. 135. ſ. 2. V. O.* ubi Seja emit hortos ex mandato Titii, eoque facto cavit, ſe tradituram ei hortos ex quo pretium ſolverit Titius, tempuſque ſolutionis in continenti adjiciunt, ut ſolutio totius pretii fiat intra Kalendas Apriles primas: Quæritur, an ſi intra Kalendas partem pretii ſolvat, poſt Kalendas vero reſiduum cum uſuris offerat, Seja tradere hortos teneatur? Quod affirmat *Scævola d. l. 135.* & actionem ex ſtipulatu dat Titio, quia fœminæ nihil intereſt; Adeoque ex pacto in continenti adjecto datur ſtipulationis actio.

Resp. Caſus ibi ſpecialis eſt, ubi ſtipulatio indefinita per pactum adjectum in continenti ita limitatam eſt, ut totum pretium intra certum tempus ſolvatur, at ab hoc pacto partes alio pacto poſtea tacito receſſere, dum Seja non univerſam ſummam ſed partem pretii intra Kalendas accepit & particulari ſolutione contenta fuit. Si ergo pars reſidua paulo poſt elapſum terminum elabatur, actio ex ſtipulatu locum habet, ſi enim Seja exceptionem pacti opponit, ea replicatione novi & taciti pacti eliditur: inprimis cum Sejæ nihil interſit, utpote cui uſuræ ſimul offeruntur.

Obj.

Obj. (7) *L. 40. ff. reb. cred.* Ubi ſtipulatum eſt, ut ſorte non ſoluta ſingulis menſibus 1. pro 100. ſolvatur, huic ſtipulationi adjectum in continenti eſt pactum, ut ſingulis menſibus 300 ex ſorte ſolvantur; & *Paulus* negat hoc pactum ſaltem ad exceptionem prodeſſe, ſed diverſam obtinuiſſe ſententiam ait: Unde juxta ſententiam Pauli concludendum videtur, pacta in continenti adjecta ſtipulationi non exceptionem ſed obligationem ex ipſo contractu producere.

Resp. Plane ibi non quæritur, an pactum producat actionem ex ſtipulatu, an ſaltem exceptionem? poſterius enim nemo JCtorum in dubium vocavit, ſed quia duæ ſtipulationes ibi erant, *altera* de ſorte quam ad certum diem totam ſibi ſolvi ſtipulatus eſt Mevius, ſpopondit Titius, *altera* de in uſuris quas centeſimas ex die moræ ſtipulatus eſt Mevius, ſpopondit Titius, quæſitum eſt in Auditorio ſeculi Pauli Æmilii, an pactum in continenti adjectum de ſorte etiam pertineat ad uſuras, adeoque an pactum proſit ad exceptionem tantum ratione ſortis, an etiam ratione uſurarum, poſterius quidam negabant, ac ſtatuebant pactum hoc prodeſſe ad exceptionem tantum ratione ſortis: *d. l. 40.* ibi: *pactum autem quod ſubjectum eſt quidam dicebant ad ſortis ſolutionem tantum pertinere, non etiam ad uſurarum, quæ priore parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent, pactum id ſaltem ad exceptionem prodeſſe,* (ſcil. ratione ſortis.) Hos rejicit Paulus, & ait, pactum id per conſequens etiam ratione uſurarum ad exceptionem prodeſſe; Ubi addit, quod poſito ad exceptionem tantum (ratione ſortis) prodeſſe, tamen propitio jure Titius ad uſuras totius ſortis non teneatur, quia quoties ſors propter exceptionem peti non poteſt, nec uſuræ peti poſſunt, utpote quæ non niſi ex mora debentur: idque jam clarum fit ex ipſis verbis *d. l. 40.* ibi: *Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, ut etiam uſuræ ex tempore, quo moram fecit accedant, & ſi ad exceptionem tantum* (ratione ſortis) *prodeſſet pactum, quamvis ſententia diverſa obtinuerit,* (ſcil. ut prodeſſet ad exceptionem non tantum ratione ſortis, ſed & ratione uſurarum) *tamen uſurarum obligatio ipſo jure non committetur, non enim in mora eſt is, a quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt.*

Adeoque certum eſt, non afferi in hoc textu pactum in continenti adjectum ſtipulationi prodeſſe ad actionem producendam: ſed prodeſſe ad exceptionem non tantum ratione ſortis, ſed & ratione uſurarum.

Atque hac nova reſponſione omne dubium circa textum hunc obſcurum tollitur, ſimulque probatur, non opus eſſe diſtinctione inter pactum augens & minuens, quaſi hoc producat obligationem ex ipſo contractu ſtricti juris, non illud: Vid. *quæſt. ſeq.* Cum vero lex illa lecta ſæpius relecta & nunquam (uti veteres crediderunt) ſatis intellecta, inter deſperatas referri ſoleat, curatius eam evolvere pretium erit; Equidem caſum ipſum late expoſuit *B. Parens in diſputatione de proportionibus Sect. II.* Add. *Brunn. ad d. l. 40. & Goth.* *ibid.*

ibid. At cum casus ille, propter terminos nobis inusitatos, admodum difficilis sit intellectu, speciem juxta modum contrahendi modernum materna lingua exponam, eoque intricatissimam alias legem facili modo expediam.

Es bekennet Lucius Titius in einer Handschrifft, daß er dem Publio Mevio 1500. Thaler schuldig sey, welche er den 1. künfftigen Monaths bezahlen, oder in dessen Entstehung ihm jedem Monath 1 pro 100. Zinsen entrichten wolle: Nachhero haben sie sich in eben dieser Handschrifft verglichen, daß der Debitor, Lucius, Termins-weise das Capital bezahlen, und alle Monath 300. Thaler, einfolglich in fünff Monath das gantze Capital abtragen solle.

Nachdem nun Lucius in denen fünff Monathen nichts bezahlet, so ist wegen der Zinsen ein Streit entstanden, von welcher Zeit an dieselben entrichtet werden müssen.

Der Creditor, Publius, prætendiret, daß nach der Handschrifft ihm die Zinsen des gantzen Capitals, und zwar alle Monath mit 1. pro 100. und also an Zinsen monathlich 15. Thaler bezahlet werden müssen.

Der Debitor Lucius excipirt, daß, da durch die letztere Abredung die Bezahlung des Capitals auf Termine gesetzt worden, und er also monathlich nur 300. Thaler Capital bezahlen dürffen, er auch in dem ersten Monath nicht mehr als von 300. in dem andern wiederum von 300. und so weiter in dem dritten, vierten und fünfften Monath bloß von denen fälligen Terminen die Zinsen entrichten dürffe.

Replicando sagt der Creditor, daß durch die letztere Verabredung zwar die Bezahlung des Capitals auf Termine gesetzet sey, solches ändere aber das Versprechen wegen der Zinsen nicht: denn dieses seye gantz general, und wäre auf das gantze Capital, wann solches nach einem Monath nicht bezahlt würde, gerichtet, dahero würde die exceptio pacti nur auf das Capital, nicht aber auf die Zinsen gelten können.

Duplicando wendet der Debitor ein, daß weil durch die letzter Verabredung das gantze Capital nicht in dem ersten Monath dürffte bezahlet werden, sondern monathlich nur 300. Thaler, so folge von selbsten, daß die exceptio pacti auch auf die Zinsen gelten müsse, und daß, weil er nach Ablauff des ersten Monaths nur ratione der 300. Thaler in mora gewesen, der Gegentheil auch nicht weiter usuras ex mora fodern könne; Und wann also das pactum ihm nur ratione des Capitals, nicht aber wegen der Zinsen, per modum exceptionis zu statten kommen könnte (welches doch nicht wahr wäre,) so folge doch eben hieraus, daß der Creditor, weil er wegen der ihm entgegen stehenden exception den gantzen Sortem nicht fodern kann, auch die Zinsen nicht ratione des gantzen Capitals fodern könne, und daher Er, der Debitor, nicht in mora solvendi sey.

Die-

Diesen Streit nun decidirt Paulus en faveur des Debitoris, und sagt, daß die exceptio pacti nicht allein auf das Capital sondern auch consequenter auf die usuras abziele, daß der Creditor, weil er das gantze Capital nicht, sondern nur Termins-weise fodern kann, und also der Debitor nicht weiter als bey dem Verfall eines jeden Termins in mora solvendi ist, der Creditor auch die Zinsen nicht weiter als von denen verfallenen Terminen fodern könne.

An hodie aliquid interest, num pactum contractui bonæ fidei adjiciatur, num contractui stricti juris?

NEGANT id plurimi, & putant omnem differentiam inter contractus bonæ fidei & stricti juris, indeque descendentes effectus, sublatos esse: *Goth. ad l. 13. C. de pact. lit. b. Gudel. d. J. noviss. L. 3. c. 13. n. 26.* Contrarium egregie evincit *Dn. Hop. ad §. 28. Inst. de Action.* Nam (1) *hodieque* ex pacto adjecto contractui bonæ fidei dari actionem ex ipso contractu, non vero si pactum adjiciatur contractui stricti juris, probat *B. Par. in Hyp. Inst. tit. de Obl. §. 16.* Hinc (2) prior actio semper est bonæ fidei, posterior stricti juris. Unde (3) infiniti alii effectus sequuntur, quos compendiose recenset *B. Par. dict. Hyp. Inst. de Act. §. 22. pag. 148.* Quos si quis sublatos dixerit, totum jus subvertendum esse censet *Fab. Pragm. err. dec. 9. err. 1.*

QU. XXI. *An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris insint a parte rei, & ipso jure obligationem minuant?*

Ego affirmativam olim defendi, propter *L. 40. ff. R. Cr. & L. 135. §. 2. V. O. Laut. ibid.* At mutavi hanc sententiam ex rationibus, quas in quæstione præcedenti proposui & præcipue ex natura contractuum stricti juris, ubi nulla oritur obligatio, nisi ex eo, quod verbis expressum est, non igitur ex eo, quod pacto in continenti adjecto expressum est, sive pactum illud augeat obligationem, sive eam minuat. Neque in allegatis textibus id dicitur, nam (1) *L. 40. de R. Cr.* diserte contrarium statuit. *Paulus* enim ait prodesse exceptionem non tantum ratione sortis, sed etiam ratione usurarum: Vid. *q. præced.* (2) dictum est ibidem, in casu *L. 135. §. 2. V. O.* pactum illud per novum & tacitum pactum mutatum esse: adeoque actionem ex stipulatu, quæ exceptione pacti elidebatur, validam manere per replicationem pacti posterioris, saltem taciti.

OBJ. (1) Tale pactum adjectum minuens tollere consensum ex contractu, cum igitur consensus ad substantiam omnium contractuum inprimis requiratur, sine quo consistere neutiquam ullus contractus potest, sequi videtur, si pacto contrario in continenti adjecto sublatus aliqua parte consensus sit, hactenus ipso jure contractum deficere: Etsi igitur pactum in continenti adjectum

contractui stricti juris non sufficiat ad actionem producendam, videri tamen sufficere voluntate contraria declarata ad obligationem ipso jure minuendam.

RESP. Imo consensus verbis solennibus semel declaratus non tollitur per nudum pactum, & obligatio talis verbalis per pactum interveniens non minuitur ipso jure, sed tantum per exceptionem. Vid. *q. præced.*

OBJ. (2) *L. 11. § 1. ff. Reb. Cred.* ubi si quis 10. mutuo dat eo pacto, ut 9. recipiat, ipso jure minuitur obligatio, ut non nisi 9. peti possint, quia in decimo nummo deficit consensus repetendi, imo e contrario ex pacto adjecto videtur apparere consensus ejus non repetendi.

RESP. Plane ibi non agitur de pacto in continenti adjecto stipulationi, adeoque nec de pacto minuente, sed de uno & solo stipulationis negotio, *si tibi decem dedero, ut novem debeas, Proculus* ait, *te non amplius debere quam novem*, cum enim alter stipulatur novem, ego totidem spondeo, ipse contractus stipulati saltem in novem initus est, neque ibi pactum aliquod adjectum exstat; Cur vero aliud fit in stipulatione, qua alter plus spondet quam datum est, rationem dedimus *qu. præc.*

OBJ. (3) *L. 32. pr. Contr. emt.* ibi: *pacta conventa, quæ postea detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur, quæ vero adjiciunt, credimus huic non inesse.*

RESP. Loquitur textus de pactis minuentibus quæ adjiciuntur emtioni, adeoque negotio bonæ fidei, tunc enim actione ex contractu bonæ fidei agitur ad omne id de quo conventum est, etiam pacto adjecto. Vid. *supr. q. 19.*

QV. XXII. *An etiam pacta ex intervallo adjecta contractibus b. f. ita insint, ut producant obligationem ex ipso contractu?*

Laut. ibid. NEG. Non enim possunt pro parte contractus haberi, cum aliud ac separatum negotium sit, idque apparet ex *L. 7. §. 5. pact. L. 13. C. Contr. emt. L. 13. c. de pact.* adeoque nil nisi exceptio pacti inde oritur.

OBJ. *l. 72. de Contrah. emt.* ubi *pacta postea facta detrahunt aliquid emptioni, & contineri contractu videntur.*

RESP. Detrahunt aliquid ope exceptionis, & hactenus omnino contractu continentur. *d. l. 72.* Conf. *L. 3. rescind. vend.*

OBJ. (2) *L. 3. de rescind. vend.* ubi pacta ex intervallo adjecta inesse dicuntur contractibus b. f.

RESP. Imo pacta non eis dicuntur inesse, sed exceptiones ex pacto, adeoque

que diserte dicitur ex pacto non agi actione ex contractu, sed per modum exceptionis, quæ inest negotiis b. f.

Obj. (3) *L. 27. §. 6. h. t.* Ubi creditor vi obligationis alternativæ & 10. & Stichum petere poterat, sed si postea paciscitur ex intervallo, quod non 10. sed Stichum petere velit, tantum Stichum petere poterit; ergo pactum quoque hoc contractu continere videtur.

Resp. Una tantum illa res peti potest per exceptionem mihi opponendam, uti hoc ita declaratur *in ∬. 5. Eod.* Sensus ergo est, quod creditor quidem adhuc utrumque petere possit propter alternativam obligationem, quæ ipso jure durat, sed quia debitor pacti exceptionem opponit creditori, hic cum effectu unum tantum petere potest.

Aliter Resp. *Struv. Evol. h. t.*

An *hodie* aliquid interest?

Affirm. nam ex tali pacto ex intervallo adjecto contractui *b. f.* non datur actio ex ipso contractu, (uti daretur si in continenti ei adjectum esset: Vid. *sup. quæst. 20. in fin.*) Sed propria actio ex pacto, quæ proinde semper est stricti juris: Vid. *B. Par. Hyp. Inst. de Oblig. §. 16. Gail. l. 1. O. 101. no. 10. Gloss. in l. Jure gentium. §. Quin imo. ff. de Pact. ibique Dd.*

Qv. XXIII. *An pacta in continenti adjecta mutent essentiam ipsius contractus cui accedunt?*

Explicabitur hæc materia latius ad *tit. de Contrah. Emt.* Vid. *Laut. p. 309.*

Qv. XXIV. *Quando nam videatur pactum in continenti adjectum.*

Resp. Quando perfecto contractu pactum illicio sequitur. *L. 7. §. 5. h. & L. 3. C.* ibi: *in continenti secuti pacti, de ædil. act.*

Laut. p. 46. verb. & mutant illorum naturalia.

Obj. *L. 7. ∬. 5. h.* ibi: *Ea enim pacta insunt quæ legem contractui dant, i. e. quæ ingressu contractus facta sunt.*

Resp. *In ingressu* fieri opponitur ei quod *ex intervallo* fit: Uti id statim ita explicatur.

Qv. XXV. *An pacta liberatoria tollant obligationem ipso jure?*

Laut. p. 46. in fin. liberatorium tendit.

Vide *sup. quæst. 16. & 17.* Ubi simul demonstratur, quantum intersit, *hodieque.*

Qv. XXVI. *An utilis sit divisio in pactum judiciale & extrajudiciale?*

Laut. p. 47. verb. *Tandem* (5)

NEG. Etsi enim *Wesenb. h. n. 4. & 9.* putet in eo utilem esse hanc divisionem, quod ex judiciali pacto detur actio, tamen id rejicitur ex *L. 28. C. de transact.* ubi de transactione dicitur, quod si nudo pacto fiat, non inde nascatur actio, sive apud acta, sive sine actis contrahatur, *d. l. 28.*

Qv. XXVII. *An pacta fiant consensu aliquo præsumto vel ficto?*

Laut. pag. 47. verb. *a lege præsumto vel ficto.*

NEG. *Sup. quæst. 2.*

Qv. XXVIII. *An furiosi pacisci possint?*

Laut. pag. 47 verb. *etiam furiosi.*

AFFIRM. hoc *Laut. h.* quoties sufficit ex æquitate fictus consensus: Ast nunquam fictum consensum sufficere ad pactum, plene demonstratum est *sup. quæst. 2.* Frustra enim fingitur adesse consensus, ubi per naturam consensus esse non potest. Conf. *L. 5. L. 40. R. J. §. 8. Inst. de Inut. stip.*

Qv. XXIX. *Quinam sint infantiæ proximi, quinam pubertati?*

RESP. Decem & dimidio annis majores esse *pubertati*, minores vero *infantiæ proximos*: Quod vel sola ratione demonstratur; quia infantes sunt usque ad *septem* annos, & puberes demum anno *decimo quarto*. Itaque tempus quod inter infantiam & pubertatem intercedit, & septem annorum est, dividetur in duas partes æquales. Qui ergo est *infra* annum 10. & $\frac{1}{2}$, ille proximior est infantiæ quam pubertati, atque adeo *infantiæ proximus*; Qui vero *ultra* annos 10. & $\frac{1}{2}$ est, proximior est pubertati quam infantiæ, adeoque *pubertati proximus*.

Varie Dd. DISSENTIUNT; Aliter rem decidit *Laut. pag. 461. & 650. & Phil. Us. pr. Inst. l. 4. Ecl. 8. n. 10.* qui arbitrio judicis id relinquunt. Aliter *Borcholt. de Feud. c. 5. n. 46.* propter *L. 17. pr. de Excus.* Vid. *Vinn. ad §. 9. de Inut. stip.*

Nec parum interest: *Pubertati proximi* enim obligantur ex dolo, *l. 13. §. 1. de dol. mal.* quia malitia supplet ætatem. *l. 13. C. si min. se maj. dix.* Nunquam vero, *infantiæ proximi*, utpote in quibus consensus deficit. Vid. *quæst. seq. l. 111. Reg. jur.* Cum ergo hic unicus & solus hujus differentiæ sit effectus facile apparet fœminas æque ac masculos ante annum 10. & $\frac{1}{2}$ esse infantiæ, post vero pubertati proximos; quia in delictis & pœnis fœminæ quoque non nisi anno 14to puberes fiunt. *Ord. Car. art. 154. Carpz. part. 3. quæst. 143. n. 26.* Quicquid dissentiat *Muller. ad Struv. Ex. 6. §. 39. lit. β.* qui fœminas ante annum 9. & $\frac{1}{2}$. putat esse infantiæ, post vero pubertati proximas.

Qv. XXX.

Qv. XXX. *An & quomodo infantes, infantiæ proximi, & pubertati proximi, ex suo pacto obligentur?*

RESP. Ex ratione naturali dicendum est neminem horum ullo pacto obligari, propter defectum judicii ac intellectus, qui non nisi cum pubertate incipit, ut ex principiis juris gentium demonstravit *B. Par. in Lect. Grot.*

Neque jus civile ab hac regula naturali recedit, sed ea potius a JCtis confirmatur in *l. 59. de obl. & act.* Quam proinde cum suis exceptionibus; partim ex ipsa ratione naturali, partim ex jure civili desumtis, in singulis ætatis partibus plenius excutiemus.

INFANS adeo nihil agere potest, ut licet cum tutore agat, nec naturaliter obligetur, sed negotium utrinque nullum sit, *§. 9. Inut. stip B. Par. Hyp. Inst. de Aut. tut. §. 7.* Omnis enim in eo deficit voluntas, *l. 189. R. I.* indeque furioso æquiparatur. *l. 1. §. 13. O. A. dict. §. 9.* Solus ergo tutor nomine pupilli agit, acquirit, contrahit &c. *l. f. §. 7. C. Qui fur. junct. dict. §. 9. l. 18. pr. §. 2. & §. 4. C. de jur. delib.* Atque ita sentiunt Dd. communiter, *Harppr. Inst. pr. de Autor. tut. n. 26. Franzk. 3. q. 5. n. 1. ibique Dd.*

Laut. p. 47. verb. Infantes.

DISSENTIUNT Dd. varie Vid. *Wissemb. D. 7. n. 33. Rim. dec. 3. qu. 8. Carpz. p. 2. C. 15. def 7. n. 10.*

EXC. (1) Ea quæ nudi facti sunt; hæc enim infans etiam sine tutoris autoritate peragere, eoque solus possessionem acquirere potest; *l 3. C. de Acquir. poss.* Non enim hic de jure quæritur, sed de facultate rem tenendi cum animo sibi habendi, quæ utraque requisita sunt penes pupillum: *d. l 3.* Conf. *l. 1. §. 3. ff. l. 32. §. 2. eod. Illustr. Dn. Stryk. C. C. S. 1. c. 2. & 6. Dn. Hop. ad pr. Inst. de Aut. tut. pag. 196.*

EXC. (2) Si ex re oritur obligatio, forte quod negotia infantis gesta sint. *l. 46. de Obl & Act.* Conf. *l. 33. pro. Soc. l. 17. §. 2. Inst. act. &c.* Tunc enim infans obligatur ex regula naturæ, quia plus suo habet, indeque fieret locupletior cum alterius jactura. *Struv. Ex. 31. §. 43.*

INFANTIÆ PROXIMI itidem propter defectum omnis pene intellectus sine tutore nec natura obligantur, *l. 59. ff. de O. A. §. 9. de Inut. stip l. 5. pr. & § 1. Aut. tut. Struv. Ex. 6 th. 39. Dn. Par. dict. Hyp. §. 4.* Quin nec cum tutore stricto jure obligantur, sed ex benigna demum interpretatione juris idem eis jus, quod pubertati proximis, tribuitur *dict. §. 9. de inut. stip. l. 1. §. 13. de Obl. & Act.* Ut scil. autore tutore ipsi contrahere, *d. §. 9.* stipulari, *d. l. 1.* adire hæreditatem &c. *l. 9. ff. de Acquir. hær.* possint.

Laut. p. 44. verb. Pupilli infantiæ.

OBJ. *L. 14. de Spons.* Ubi majores 7. annis rite sponsalia contrahunt, etiam sine tutore: Conf. *Nov. Leon. 109.*

Resp. Actum hunc quidem celebrare possunt, sed inde non obligantur nisi puberes ratihabeant. *Laut. pag. 338. in fin.* Nam idem quoque ita contingit in aditione hæreditatis autore tutore facta, quam cessante defectu ætatis pupillus improbare potest. *l. f. ff. 7. C. Curat. fur.*

Exc (1) Si pupillus infantiæ proximus locupletior factus est, (uti si ex re ejus obligatio oritur, de quo paulo ante. Vid. *Struv. Ex. 31. §. 43.*) tunc enim etiam sine tutore obligatur non tantum natura, sed & CIVILITER, ita ut actione ex rescripto Divi Pii conveniri possit, *L. 5. pr. ff. Aut. tut. L. 1. ff. eod. L. 3. pr. commod. L. 13. §. 1. Cond. indeb. L. 9. & 10. de Inst. act. L. 3. ff. 1. de tribut. act.* quæ etiam contra hæredes eorum datur. *Paris. cons. 33. Lib. 2. n. 28.* Conf. *Ungep. Ex. 10. p. 3. Rimer. decad. 3. quæst. 8.* quia nemo debet locupletari cum alterius jactura, *L. 5. §. 2. h. L. 1. §. 15. depos. arg. c. 11 de for. Comp.*

Obstant (1) Omnes illi textus, ubi tantum *naturaliter* obligatur pupillus, in quantum locupletior factus est, ut in *L. 5. in fin. pr. de Aut. tut. L. 25. §. 1. Quand. dies leg. L. 44. de Solut. L. 21. pr. ad L. Falcid.*

Resp. Loquuntur de obligatione naturali non in specie tali, sed mixta atque efficaci, quæ scil. etiam actionem producit, uti id clare dicitur in *dict. L. 5. pr.* Naturalem autem aliquando sumi pro mixta, patet ex *L. 10. de O. A.* Conf. *tit. de Obl. & Act.*

Obj. (2) *§. fin. inst. Quib. al. lic.* ubi contra pupillum datur doli exceptio, si locupletior factus sit, exceptio autem est effectus naturalis obligationis, *L. 7. pr. §. 4. de Pact. L. 6. Compens. &c.*

Resp. Pupillus ibi non convenitur, neque contra eum agitur ex eo quod locupletior factus sit, hoc enim civili actione fieri omnino potest, *d. l. 5.* Sed ipse pupillus agit, &, quia dolose petit, cum locupletior factus sit, repellitur exceptione doli.

Obj. (3) Quod causa, cur pupillus hoc casu obligetur, sit sola æquitas naturalis, *L. 14. cond. ind.* Adeoque obligatio videtur esse naturalis non civilis.

Resp. Etiam civiles obligationes oriri ex naturali æquitate.

Exc. (2) Naturaliter quoque obligantur sine tutore, quoties agitur de præjudicio tertii. *pr. Inst. de Aut. tut.* Si quis proinde pupillus emit, vendit, mandat &c. ipse quidem non obligatur, *L. 1. §. f. commod. L. 33. ff. pro soc.* Sed tertius ille cum quo egit: *d. pr. L. 13. §. 29. Act. emt.* Quippe qui sibi imputare debet, quod cum ejusmodi persona sciens contraxerit. *Goth. ad dict. l. 13. ff. 29.* Conf. *L. 27. ff. contrah. emt. L. 8. de Acq. hær.* Hinc valide deferri

ferri pupillo poteſt juramentum, quia ſi jurat, præjudicium eſt deferentis. *L. ult. pr. de Jurej. Carpz. p. 1. c. 14. def. 11. n. 1.* Sic ſi pupillus novat ſuam obligationem, naturalis dicitur obligatio contracta in *L. 1. in f. de novat.* quia eſt præjudicium tertii ſtipulantis: Hinc fidejuſſores accedentes contractui a ſolo pupillo inito valide obligantur. *L. 25. de fidei. L. 127. de V. O. arg. l. 95. §. 4. de Solut.*

Exc. (3) Si ſuam conditionem meliorem faciant, *pr. Inſt. de Aut. tut.* hinc valide ipſis etiam ſine tutore donari aliquid poteſt. *L. 3. C. de Acq. poſſ.*

Exc. (4) Valide quoque agunt ea quæ nudi facti ſunt: hinc ſoli acquirunt poſſeſſionem. *d. L. 3. L. 32. §. 2. ff. Adq.* etiam per ſervum *d. §. 2. L. 28. de Uſurpat.*

PUBERTATI PROXIMI itidem nihil agunt ſine tutore *L. 189. R. J.* & nec naturaliter obligantur, *per text. expr. in L. 59. de Obl. & Act. L. 41. Cond. indeb. L. 43. de O. A.*

Laut. ibid.

Eædem tamen hic ſunt exceptiones quæ in priori membro. Nam (1) civiliter quoque obligantur, ſi locupletiores ſunt facti *L. 25. §. 1. Quand. dies leg. l. 5. pr. Aut. tut.* (2) Si agitur de præjudicio tertii, naturaliter obligantur. *l. 13. §. 29. Act. emt.* (3) Suam quoque conditionem meliorem facere poſſunt. *pr. Inſt. Aut. tut.* (4) Ea quoque quæ nudi facti ſunt, peragunt. *L. 3. C. de Acq. poſſ. L. 2. §. 2. ff Adq. poſſ.* Præterea (5) ex dolo commiſſo tenentur. *l. 13. §. 1. dol. mal. l. 111. R. J. l. 23. de Furt.* quia malitia ſupplet ætatem. *l. 3. C. ſi min. ſe Maj. Struv. Ex. 6. th. 39.*

Atque ad has exceptiones omnia quæ a Dd. objici ſolent, referri poſſunt. In *praxi* nihil hactenus mutatum apparet: Nam regula illa omnino vera eſt, quod pupilli nec hodie naturaliter obligentur. Quin tutores omnia nomine pupillorum ſoli agere poſſunt & ſolent. *Laut. tit. de Aut. tut. in f. B Par. Hyp. Inſt. Eod. tit. §. f. Giſebert. Juſt. harm. p. m. 496.* Adeo ipſis omnis adminiſtratio moribus eſt ademta.

Qv. XXXI. *An minor ex pacto ſuo naturaliter obligetur?*

DISTING. an minor curatorem habeat, an non habeat: *Illo* caſu nec naturaliter obligatur ſine curatore; *arg. l. 3. C. reſt. in integr. L. 6. ff. V. O* quia dato curatore minores ſimiles fiunt pupillis *l. 3. C. reſt. in integr.* Unde etiam prodigo comparatur, *d. l. 3.* qui ſine curatore nihil agit *l. 1. de Cur. fur. Hoc* caſu non tantum naturaliter ſed & civiliter obligatur, *L. 43. de O. A.* ibi: *ſuæ poteſtatis pubes.* (Qui proinde textus non de *patrefamilias*, ſed de *pubere* ſuæ poteſtatis agit. Vid. *Struv. Evol. ad h. t. §. 49.*) Regulariter autem minor curato-

Laut. pag. 48. verb. Idem eſt in minore.

curatorem non habet, nam jure civili cum pubertate plenam de rebus suis disponendi facultatem acquirit; *d. l. 3.* & Prætor demum, illum, si ex lubrico ætatis læsus est, restituit in integrum, *L. 7. §. 2. in pr. de Min. l. 9. §. 4. de jurej.* vel in quibusdam causis curatorem ei dat *L. 7. §. 2. de Min.*

Obj. (1) Quod minor curatorem habens restituere solus hæreditatem possit. *l. 1. §. 14. SC. Treb.*

Resp. Hic non quæritur de administratione, sed de nudo facto restitutionis, quod etiam per minorem expediri potest. *d. l.* 1. Conf. *L. 3. C. Acq. poss.*

Obj. (2) *L. 101. de V. O.*

Resp. Loquitur de stipulatione, quæ cum sit cautio quædam *l. 1. §. 4. Præt. stip.* & supponat debitum seu causam aliquam præcedentem, *l. 2. §. 3. dol. mal. Exc.* merito quoque a minore contrahi potest, quia non deteriorem reddit conditionem, sed confirmat saltem id ad quod jam antea jure erat obligatus. Idem traditur *l. 7. C. Contr. Stip.* Si tamen eum læsum esse appareat, restituitur in integrum. *l.* 3. *C. in integr. rest. l. 7. in f. ff. de Exc. arg. l. 9. §. 4. Jurej.*

Aliter Resp. *Struv. Evol. ad §. 40. h.*

Obj. (3) *L. 17. §. 1. in f. de Appell.* ubi curatoris autoritas inutilis dicitur, si agitur de adeunda hæreditate. Ergo etiam sine curatore suo minor valide obligatur.

Resp. Loquitur de *pupillo*, qui adiens hæreditatem necessario tutorem habere debet, qui personam integret; Adeoque huic inutilis dicitur curatoris autoritas. Secus ergo est in *minore*; cui omnino utilis, quin necessaria est autoritas curatoris, si agitur de adeunda hæreditate. *L.* 3. *C. restit. in integr.* Conf. *Struv. Evol. ad §. 40. h.*

Minores tamen iisdem casibus, quibus pupilli, valide obligari possunt: Uti (1) si meliorem conditionem faciunt. *l. 7. C. contr. Stip.* vel eam saltem non reddunt deteriorem, uti si stipulatione confirmant id quod jam ante debeant *l. 101. V. O.* Vid. *Obj. 2.* (2) Si locupletiores facti sunt. *arg. l. 206. R. J. l. 5. pr. Aut. tut.* (3) In præjudicium tertii, *arg. l.* 3 *C. Rest. in integr. junct. l.* 13. *§. 29. Act Emt.* Atque hinc minor sine curatore pro alio postulare potest. *l. 1. §.* 3. *postul. &c.* (4) Quoties de nudo facto agitur; hoc enim pupillus quoque peragit, nedum minor. *L. 1. §. 4. ff. l.* 3. *C. de Acq. poss.* Hinc solus restituit hæreditatem. *l. 1. §. 14. ad SC. Treb.* Vid. *Obj. 1.* (5) Ex delicto suo plene obligantur, *l. 4. C. Aut. tut. l.* 111. *R. I.* judex tamen mitigare pœnam potest. *Carpz. p.* 3. *q.* 143. *n. 76. Muller. ad Struv. Ex. 48. §. 11.* Sed & (6) si actus non pertinet ad bonorum administrationem: Ut si agitur de matrimonio *l. 20. Rit. nupt.* vel de præstando juramento ipsis delato. *l. 9. §. 4. de Jurej.*

Porro

Porro & (7) si non est actus inter vivos, sed ultimæ voluntatis, ut si testamentum faciunt. *l. 5. Qui test. fac.*, Denique (8) si ipse minor nihil moveat. *Sand. l. 1. tit. 9. def. 15. Cravet. cons. ult. n. 158.* Atque ita non *obstant* illi textus, qui a Dd. in contrarium allegari solent.

Atque hanc Distinctionem probat quoque *Struv. Ex. 6. §. 40.*

Varie DISSENTIUNT Dd. apud *Facb. L. 3. controv. 9. Ungep. Ex. 10. q. 4. Hodie* omnes minores curatorem accipere debere ajunt, *Carpz. L. 5. Resp. 86. Dn. Par. Hyp. Inst. p. m. 23.* propter *R. I. 1548. §. 31. R. I. 1577. tit. 32.* Qua sententia posita nulli minores nec naturaliter obligari sine curatore possunt. *L. 3. C. rest. in integr.*

QV. XXXII. *An prodigus quoque ex pacto obligetur?*

NEG. *L. 6. V. O.* nulla enim ejus est voluntas, *L. 40. R. I.* hinc furioso æquiparatur, *L. 1. Cur. fur. d. l. 40.* item pupillo in *L. 7. § 7. R. C.* Omnisque administratio ei ablata dicitur *L. 1. L. 10. Cur. fur. L. 3. Novat.* Adeo ut nec fidejussor pro eo intervenire possit. *d. l. 6.* (Scil. ad eum effectum ut mandati actio contra prodigum detur. *L. 25. fidej.*) *Laut. p. 48. verb. prodigo.*

EXC. obligatur tamen si meliorem conditionem faciat; *d. l. 6. dict. l. 3.* & iisdem casibus quibus pubertati proximus, vid. *sup. pag. 221.* & minor, Vid. *pag. præced.*

OBJ. *L. 25. de fidej.* Ubi fidejussor potest accedere obligationi prodigi; ergo supponitur prodigum obligari posse.

RESP. Ipse prodigus in suum præjudicium non obligatur; sed uti pupillus, habetur pro naturaliter obligato in præjudicium tertii. Et hactenus accessiones valent, *d. l. 25.* potestque delegare, *L. 3. de Novat. &c.*

QV. XXXIII. *An hæreticis & infidelibus fides servanda sit, Et quid de tyrannis, prædonibus & rebellibus?*

RESP. Hæreticis & infidelibus fidem servandam non esse, commune olim dogma fuit Pontificiorum: Eamque sententiam in concilio Constantinensi prodiisse ait *B. Par. J. publ. c. 18. §. 25.* ejusque effectum Hussium sensisse, vulgo notius est. Quin licet plurimi publice id improbare videantur, reipsa tamen, & illos inprimis qui e Societate Jesu sunt, ita sentire plus satis quotidiana docet experientia.

Nos e contrario Hæreticis fidem servandam esse contendimus: (1) Quia quisque de jure suo disponere, illudque in alium transferre potest, & prout

difponit ita jus eft: Nec (2) ulla ratio dari poteft, cur jus legitime hæretico ex mea difpofitione quæfitum ipfi propter hærefin auferri debeat. Atque ita (3) nunquam cum hæreticis pax fieri poffet, fed fi bellum cum hæreticis effet, perpetuum hoc exifteret, nec nifi cum internecione alterius partis finiri poffet. Quin (4) pofita hac fententia nec hæretici illis, cum quibus contrahunt, (forte quia & hi ex illorum fententia hæretici funt, vel jure faltem talionis,) fidem fervare tenerentur. Accedit (5) quod prædoni extorquenti fides fervanda fit, vid. *tit. Quod met. cauf.* nedum ergo hæretico, cum quo ultro pacifcor. Imo (6) cum Davidi adultero ac homicidæ fides fervanda fuerit, cur non magis hæreticis? cum hærefis in errore confiftat, illa vero delicta ex dolo fint commiffa. Idque (7) ipfa probat facra pagina; Ita Ezechiel exprobrat judæis quod fidem Babyloniæ regibus datam violaverint, *cap. 17.* & Ifrael ob fidem Affyriis non præftitam exftirpatus dicitur *2. Reg. 17. v. 4.* Indeque Hiskia ideo offert fatisfactionem *2. Reg. 18. v. 8. & 14.* Alia vide late apud *Grot. L. 3. c. 19. § 1. & feq. & Lib. 2. c. 13. & 15. & c. 15. §. 8. feq. B. Par. J. publ. dict. loc. & Difp. de Poftlim. in pace Sect. 7. §. 12.*

Obj. Quod cum his nulla nobis fit focietas aut communio jurium: Cui late

Respondet *Grot. dict. c. 19. §. 2. & feq.* Nos dicimus, (1) licet nulla cum iis fit focietas, tamen fides eis fervanda eft propter difpofitionem, ex qua jus quæfitum eft hæreticis, quod auferri illis nequit. Sed & (2) falfum eft, nullam effe focietatem cum hæreticis & reliquis, quid enim religio ad jura inter homines? Quin (3) fequeretur, omnia jura ex illa focietate defcendentia ceffare inter hæreticos, unde nullum cum hæretica committeretur adulterium &c. (4) Alterius delictum, ponamus enim hærefin delictum effe, nobis non concedit facultatem fidem fallendi, adeoque æque delinquendi. Imo (5) fic nec hæretici nobis fidem fervabunt, quia illi ex fua quoque opinione nos hæreticos credunt: Atque (6) ipfam fcripturam huic fententiæ adftipulari, ante demonftratum eft.

Eædem funt rationes in prædonibus, tyrannis & rebellibus. His enim fidem datam fervandam effe probat *Grot. d. c. 19. §. 2. feq.* ubi & prædictam rationem Ciceronis odio Antonii prolatam, quod cum rebellibus &c. nulla nobis focietas fit, rejicit. Neque

Obst. (1) Quod hi capitis rei videantur, indeque in pœnam jus ex pacto Jeis quæfitum auferri poffit. Vid. *Grot. d. c. 19. §. 4.*

Resp. (1) Falfum eft unumquemque privatum alterum delinquentem punire & jus ei quæfitum auferre in pœnam poffe, hoc enim magiftratui proprium eft. Nam alias (2) debitor liberaretur, quoties creditor atrox aliquod deli-

delictum committeret. Sed & (3) non amplius sunt rei capitis si fides publicæ securitatis ipsis data est.

Obj. (2) Quod fides data rebellibus &c. metu, adeoque injuria extorta sit, ex injuria autem obligatio oriri nequit.

Resp. (1) Imo vis & metus, etsi injustus, non tollunt consensum, adeoque nec obligationem: Vid. *tit. Quod. m. c.* Sed & (2) negamus fidem, quam vel hostes vel hæretici extorquent, injustam esse, illi enim jus suum, hi conscientiam suam licite defendunt. Quin (3) etsi prædones & rebelles notorie injuriam committant, tamen si a Principe illis fides datur, eam servandam esse puto; nam vel possunt coërceri armis, tunc Princeps fidem dando remittit eis pœnam; vel non possunt, forte ob potentiam rebellium &c. tunc valet pactum ex medii necessitate, quia est unicum medium recuperandæ pacis & confirmandæ tranquillitatis publicæ.

Qv. XXXIV. *An pacta de hæreditate viventis valeant?*

Resp. Magna inter Doctores quæstio est, num pactum renunciativum de hæreditate viventis valeat? Equidem moribus saltem illud valere, ait *Struv. Ex. 6. th. 44.* quæ sententia ab iis inprimis defenditur, qui jura antiqua Germaniæ pro norma praxeos nostræ statuunt & existimant, jura Romana contra expressam eorum dispositionem attendi non debere, vid. *Berger. Disp. de Usu act. pœn. §. 8. & seq.* Atque hinc juxta Germaniæ jura, (vid. Sachsen-Spiegel *L. 1. art. 13.*) quodlibet pactum de hæreditate viventis hodie valere existimant *Schilt. Ex. 8. §. 40. Goswin. ab Esb. ad Carpz. p. 2. c. 35. def. 6. ad verb. ne quidem jurata &c.* Conf. *Carpz. p. 2. c. 35. def. 8. & seq. item p. 3. c. 10. def. 1. & 2. Clar. L. 3. §. testamentum q. 43. n. 3.* At his non obstantibus verius est, jure civili & moribus pacta illa regulariter non valere: Jure civili res clara est, quicquid dissentiat *Dn. Stryk. de succ. ab Int. Disput. 8. c. 12. §. 40.* *Primum* enim repugnat ipsa natura hujus omnium jurium universitatis, quo minus pacto in alios transferri possit, cum ea vis pacti non sit, ut personalia jura & obligationes de persona in personam transeant, sed legis speciali potestate ad id opus est, ut personæ ipsæ invicem præsentent, & quadam fictione pro iisdem habeantur, uti persona hæredis & defuncti pro eadem habentur. Sed & (2) cum non possit concipi hæreditas viventis, *l. 1. & 2. hær. vend.* nec poterit illa ullo actu inter vivos, ullave conventione constitui, aliique deferri cum ex conventione jus statim nascatur, adeoque licet in tempus mortis actio differatur, jus tamen hæreditatis illico & jam vivo altero quæsitum esset, quod, uti dictum, altero vivente in rerum natura non est, indeque pactum de eo valere nequit, *arg. l. 41. pign. act. l. 18. contr. Emt.* Nam (3) ille demum potest repudia-

Laut. p. 48. verb. Paciscentium hæreditatem.

pudiare hæreditatem, qui poteſt adire, *l. 4. l. 18. l. 21. ſ. 2. A. H.* at viventis hæreditatem nemo adire poteſt. *l. 1. & 2. ff. hær. vend.* Ergo (4) toto jure hæreditas nonniſi publica ex ſpeciali lege, ac poſt mortem demum, defertur ex Teſtamento vel ab inteſtato, ita ut hæres fictione legis præſentet ipſam defuncti perſonam, eoque omnia jura defuncti active & paſſive in ſe recipiat, quod nullis actibus inter vivos fieri poteſt. *L. f. ff. ſuis & leg. l. 5. C. pact. conv. l. 19. C. Pact. Gail. 2. O. 125. n. 3. Carpz. p. 2. c. 35. def. 17. num. 1. & ſeq.* Atque hinc (5) eſt quod hæreditate vendita venditor hæres maneat, & utiles tantum actiones ex ſpeciali beneficio D. Pii in emtorem tranſeant. *l. 16. ff. Pact. l. 5. C. Hær. vend.* Quibus (6) accedit, quod hinc ſequitur, votum captandæ mortis: Cum enim non poſſit concipi hæreditas niſi mortui, & tota ejus ratio conſiſtat in ſucceſſione poſt mortem, adeo illud ei cohæret, ut evitari votum captandæ mortis non poſſit, quod pie abominatæ ſunt leges, *l. 2. §. interdum. ff. de V. S.* talemque ſtipulationem hæreditatis contra bonos mores eſſe dicunt, *l. 61. ff. V. O. L. 4. C. inut. ſtip.* plenam triſtiſſimi & periculoſi eventus *l. f. C. pact.* ac ipſo jure nullam. *L. 15. L. 19. C. pact. L. 5. C. pact. conv. d. l. 4.* Idque canones quoque ſecuti ſunt, *c. 5. X. Pact. c. 2. Conceſſ. præb.* Additur quoque (7) ratio in *l. 15. C. de Pact.* Quod libertas teſtamentum faciendi etiam quoad bona nemini auferri debeat, uti auferretur, ſi quis per pactum jus ſuæ hæreditatis in alium transferret, hanc enim voluntatem amplius mutare non poſſet. *L. 29. C. h. L. 7. §. 5. ff. h.* quo ipſo everteretur illa regula, quod ultimæ voluntates ambulatoriæ eſſe debeant uſque ad mortem. *L. 22. de leg. 3.* Accedit (8) expreſſa diſpoſitio *l. 94. ff. A. H* ibi: *Qui ſuperſtitis bona repudiat, poſt mortem ejus adire hæreditatem item bonorum poſſeſſionem petere non prohibetur.* Conf. *L. 3. C. de Collat.* ibi: *Pactum dotali inſtrumento comprehenſum, ut contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bonum paterna regreſſum haberet, juris autoritate improbatur, nec inteſtato patri ſuccedere filia ea ratione prohibetur.* Conf. quoque *L. 2. §. interdum ff. de Vulg. & pup ſubſt. L. Eo C. de inut. ſtip. l. 15. l. 19 C. pact. l. 3. ſ. 1. C. de Inoff. teſt. Item l. f. ff. ſuis & leg.* ibi: *pater inſtrumento dotali filiam ita dotem accepiſſe, ne quid aliud ex hæreditate patris ſperaret, eam ſcripturam jus ſucceſſionis non mutaſſe conſtitit. Privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.* Ut proinde ſatis mirari non poſſim *Ramatum apud Carpz. p. 2. c. 35. d. 17.* qui adæquatam rationem hujus vix dari poſſe ait.

§ 2. E contrario autem, ſi non ipſa hæreditas in conventionem venit, ſed aliud jus ſeu negotium, quod jure licitum eſt, pactum id omni jure valet, etſi hæreditas quoque ſub eo comprehenſa, vel ei connexa ſit; quia ea tum ſequitur formam totius negotii, quod ſi licitum eſt, omnes ejus partes, & quicquid inde ſequitur, licitum erit. Ita ſi quis in filium adoptetur, vel legitimetur, eidem hæreditas quoque tribuetur, & tamen valet, quia non de ea paciſcun-

ſcuntur, ſed de jure filii, quod licitum eſt, *L. 18. Adopt. Nov. 74. præfat.* Item ſi ſervus cum peculio vendatur, valet, &, ſi ſervus forte hæres fiat, hæreditas quoque conceditur, quia ſub peculio continetur, quod cum ſervo vendi poteſt *L. 23. Act. vend.*

§ 3. Ex eodem fonte quoque derivatur, quod hæreditas non tantum jam delata, ſed & deferenda, verum in eum caſum quo delata fuerit, pacto conferri alii poſſit, nec prædictæ rationes ei obſtent. Scil. quia tum non id agitur, ut ipſa hæreditas pacto deferatur, ſed ut lege jam ante delata paciſcenti, in alterum pactione porro transferatur; Si quis igitur ita vendit alii hæreditatem, duo diſtincti actus ſunt, alter quo venditori ex teſtamento vel lege defertur & acquiritur, alter, quo acquiſita & aditione in patrimonium venditoris verſa emtori venditur, de quo caſu agit *L. 3. §. 2. pro ſoc.* Idemque accidit in *L. 2 §. 2 ff. de Hær. vend.* Ubi hæres delatam ſibi hæreditatem vendidit, & tantum quæritur, an ſimul etiam vendita intelligatur illa, quæ ex ſubſtitutione pupillari acceſſit hæreditas? Quod merito negatur, quia alia atque alia eſt hæreditas. Niſi aliud actum fuerit. *d. l. 2.* Non igitur de poteſtate, ſed de voluntate quæritur, an partes voluerint illam quoque venditione comprehenſam? Nam quod poſſit ſimul pupillaris hæreditas, etiam nondum delata, venire indubium eſt, quia quandoque deinde delata fuerit, & acceſſerit, retro intelligitur tempore venditionis jam acceſſiſſe, *d. l. 2. §. 1.* quia conditio ſubſtitutionis, ubi exiſtit, retrotrahitur.

Huic proinde pacto non obſtant reliquæ rationes, ſed unice votum captandæ mortis, ſi de certi poſſeſſoris (nam incerti mors captari non poteſt) hæreditate agatur, hoc ergo caſu requiritur, ut poſſeſſor conſentiat. *L. f. C. h.* Nam cum hoc in favorem viventium conſtitutum ſit, illi ſuo favori renunciare poſſunt.

§. 4. Hodie pacta de hæreditate viventis ſimpliciter valere ait *Struv. Ex. 6. th. 43. & Ex. 38. th. 47. ibique Dd.* Ita ut Dd. hodie tertiam ſucceſſionis ſpeciem, ſcil. conventionalem, fingant. *Speckhahn. Quæſt. jur. Cent. 3. claſſ. 1. q. 31. pag. 413.* Verum cum hodieque rationes juris civilis deſcriptæ in §. 1 obtineant; Neque jus Can. aliquid mutet, quippe quod nec renunciationem hæreditatis admittit niſi juratam. *c. 2. x. h.* in praxi quoque huic regulæ inſiſtendum puto. Idque inter omnes fere Dd. conſtat, *Carpz. p. 2. c. 35. def. 17.* ubi ita judicatum refert *Gail. 2. Obſ. 39. n. 22. O. 125. n. 2. & 3. H. Piſt. p. 4. q. 1. & 5. Treutl. 1. Diſp. 6. th. 8. Dec. conſ. 578. num. 5. Haberk. dec. 100.* Ita per tres conformes ſententias res deciſa eſt in Curia Halberſtadienſi in cauſa Fritſchen c. Rel Fritſchen.

INSTAT *Muller. ad Struv. dict. th. 47.* In Germania ante jus Romanum pacta de hæreditate viventis valuisse, exemplo der Erb-Verbrüderung ꝛc. eaque etiam recepto jure Rom. vim suam retinuisse: Verum negamus pacta de transferendo jure universali, uti describuntur in *§. 1.* unquam in Germania recepta fuisse, idque probandum erit; Quin ipsæ illæ confraternitates non de hæreditate, sed de successione in territorium fiebant, indeque facile admittebantur.

INSTANT dissentientes porro, in Speculo Saxonico expresse dispositum esse, ut valeant dispositiones de hæreditate viventis: Sed regerebatur in rationibus decidendi ultimæ sententiæ in dicta causa additis: (1) Es seye die autoritas juris civilis ohnstreitig grösser als der angegebenen Doctorum. Inmassen wir (2) nicht auf diese, noch auf die alte Teutsche Rechte, sondern auf das jus Cæsareum in unsrer Canzley-Ordnung angewiesen werden. Und seyn (3) die jura antiqua Germaniæ längst in Vergessen und in desuetudinem gerathen und könten nunmehr pro norma decidendi nicht mehr gehalten werden. In mehrer Erwegung, da wir (4) von denenselben nichts gewisses, sondern nur einige von privat-autoribus compilirte fragmenta hätten, welche, wo sie nicht in specie beybehalten zu seyn erwiesen würden, vigorem legis nicht haben könten, gestalten dann auch (5) die vornehmste Practici pro observantia juris civilis testirten. Es sey über dem (6) der Sachsen-Spiegel ein jus particulare und statuarium, und gilt also nicht weiter als in provincia & ubi receptum jus Saxon. probatur. Gestalten dann auch dahero in Sachsen nach dem jure Saxonico communi dergleichen renunciationes etiam injuratæ gelten. *Carpz. p. 2. c. 35. def. 8. & seq. Struv. Ex. 38. th. 51.*

§. 5. Adeoque non OBSTAT (1) *L. 18. de Adopt. Nov. 74. Præfat. l. 33. ff. act. emt.* Nam jam ante dictum est, ibi non ipsam hæreditatem, sed aliud jus & negotium, sub quo hæreditas comprehenditur, in conventionem venire. Vid. §. 2.

Neque (2) OBSTAT *l. 2. §. 1. Her. vend.* Nam ibi agitur de hæreditate lege jam delata: hæc omnino in alium transferri potest. Vid. § 3.

OBST. (3) *L. 7. §. 18. in fin. de Pact.*

RESP. Ibi non de hæreditate paterna pactum initur; sed de ære alieno patris.

§. 6. AMPL. (1) Non valet pactum de hæreditate viventis, etsi tantum sit pactum conservativum; Nam vel jam hæres est ipso jure, & tum frustra paciscitur; vel non est, & tum erit pactum de acquirenda hæreditate, indeque in omnes difficultates antea recensitas incidit. *Laut. p. 48. in fin. Struv. h. §. 44.*

EXC. Si pactum conservativum adjicitur negotio alicui licito, adeoque sub forma alterius negotii comprehendatur: Uti quando arrogator cavet de restituen-

ſtituendis bonis, ſi arrogatus intra pubertatem moritur. *l. 18. Adopt.* §. 3. *Inſt. eod.* Item ſi pater emancipans filium reſervat ſibi hæreditatem filii emancipati *l. 11. C. legit. hær. ſ. f. Legit. agn. Succ. l. ult. C. emanc.* Denique ſi quis cum alio paciſcitur de jure filii, qui pacto huic legem adjicit, ne exhæredetur, ut in *l. 132. V. O.*

Hodie ſemper tale pactum valere ait *Struv. Ex.* 38. *th.* 47. & 49. *ibique late Dd. Speckh. dict. qu.* 31. Eamque ſententiam ita invaluiſſe, ut nemini ab ea diſſentiendi autor eſſe velit, ait *Heig. p. 1. q. 23. n. 15.* Id quod tamen tantum inter agnatos & cognatos obtinere tradit *Carpz. p. 2. c. 35. def. 22.* & quidem ſi agitur de conſervanda ſucceſſionis æqualitate, *ibid.*

§. 7. AMPL. (2) Non valet, etſi juratum ſit, quia illa quæ contra bonos mores ſunt, nec jurato fieri poſſunt: *L. 7. ſ. 16. ff. Pact. l. 112. §. p. & ult. ff. de legat.* 1. *l. 5. in f. C. de Legib.* Quin etſi ſtatuto vel conſuetudine firmatum ſit, *Gail. 2. O.* 126. *n.* 1. *Mynſ. Cent.* 2. *Dec.* 12. *n.* 8. & 9.

Hodie valet, ſi juramentum accedat, quippe quod ſemper efficax eſt, quoties interponitur ſuper eo, quod non eſt contra bonos mores juris Canonici, *c. quamv. pact. in 6. Gail. 2. O. 39. n. 22. & O.* 125. *n.* 3. *item O.* 147. *n.* 1. & quod absque diſpendio ſalutis æternæ ſervari poteſt. *c. cum contingat x. de Jurej. Gail. dict. O.* 147. *num.* 1. Quin moribus quoque ac ſtatuto firmari poſſe, ait *Carpz. p.* 2. *c.* 35. *def.* 18. *n.* 6.

§. 8. AMPL. (3) Etſi ſit pactum de hæreditate tertii: Nam omnes in §. 1. recenſitæ rationes hic quoque obtinent, & improbior hæc mortis captatio videtur de alienis rebus viventis & ignorantis paciſci, *l. 29. ſ. f. donat. Carpz.* 2. *c.* 35. *def.* 17. *n.* 10. ubi ita judicatum refert. Quin, etſi cum milite, aut illuſtri perſona, aut eccleſia pactum tale ſit initum, tamen nullum erit, *Muller. ad Struv. Ex. 38. th. 50. lit. d.* Atque hinc nec liberos de legitima vivo & neſciente patre diſponere poſſe ait *Mull. d. l.* Secus ergo eſt (1) ſi agatur de hæreditate tertii incerti, v. g. hoc modo, quæcunque hæreditas ad me præventura eſt, *l.* 3. §. 2. *pro ſoc.* tum quia diſponit de ea quatenus delata eſt, tum quia incerti mors captari nequit, *ſup.* §. 2. & 3. atque ita judicatum ait *Carpz. dict. def.* 17. Modo non ſupprimatur nomen in fraudem legis. *Struv. Ex.* 38. *th.* 50. Vel (2) agatur de tertii certi hæreditate, quæ lege nobis debetur, tunc enim valet pactum, ſi tertius usque ad mortem conſentiat, *l. f. C. h. t.* quia ſuo favori renunciare poteſt. *dict. l. f.* nec aliæ rationes obſtant: *ſup.* §. 3. atque ita deciſum refert *Carpz. d. c. 35. def. 19* aut (3) ſi paciſcenti in bonis tertii jus aliquod competat, tunc enim de ſuo jure diſponit. *Carpz. p. 2. c. 35. def.* 18. Atque ita fideicommiſſarium, vivo quoque hærede gravato, de re ſibi fideicommiſſo relicta paciſci poſſe tradit *ibid.*

§. 9.

§. 9. Fallit ergo illa regula §. 1. expoſita cum ſuis ampliationibus: (1) Quoties non de hæreditate, ſed de alio negotio agitur, etſi conſequenter hæreditas deferatur, uti fit per unionem prolis, per arrogationem & adoptionem, per pactum de jure filii &c. *L.* 132. *V. O.* Vid. *ſup. ſ.* 2. *Carpz. p.* 2. *c.* 35. *def.* 18. *n.* 1. & *ſeq.* & *def.* 21. (2) Si agitur de hæreditate, ſed in caſum quo delata fuerit, *ſup* §. 3. & *ſ.* 8. (3) Si juramentum accedat, *ſup.* §. 7. (4) inter milites, *l.* 19. *C. Pact.* idque ex ſpeciali favore militiæ: *Carpz. dict. c.* 35. *def.* 20. (5) Inter perſonas illuſtres, utpote in quibus præſumtio fraudis & votum captandæ mortis ceſſat, inprimis cum tot ſeculorum uſu id comprobatum ſit, *Gail.* 2. *O.* 127. *n.* 2. Hinc valent pacta confraternitatis, Erbverbrüderungen. *Struv. Ex.* 38. *th.* 48. *ibique Mull.* Pacta Ganerbiatus, Ganerbſchaften, *Struv. d. l. B. Par. Jur. publ. c.* 26. *ſ.* 17. Exſpectativæ, *Speckh. quæſt. jur. pag* 412. Vid. tamen *B. Par. Hyp. Jur. feud. tit.* 6. *ſ.* 14. (6) Inter conjuges, qui in pactis dotalibus de mutua ſucceſſione agere poſſunt, *Struv. Ex.* 30. *th.* 19. *Mull. ibid. lit. d. Gail.* 2. *O.* 126. *n.* 3. & ita ſæpius judicatum ait *Gail.* 1. *O.* 117. Quo tamen caſu 5. teſtes adhibendos eſſe docet *Struv. dict.* §. 19. per *L. ult. c. de Codicill. l. f. c. Don. M. C.* (7) In omni pacto reciproco, nam ideo quia mutuum eſt, omnem ſiniſtram ſuſpicionem deſiderandi mortem alterius tollere videtur. *Gail.* 2. *O.* 126. *per tot.* de quo tamen dubito. Vid. §. 1. (8) Si non de ſuccedendo pactum initum eſt, ſed per modum contractus bona alii donantur in caſum mortis. *Carpz. p.* 2. *c.* 35. *def.* 21. (9) In caſibus §. 8.

Qv. XXXV. *An pacta de repudianda hæreditate viventis valeant?*

Laut. pag. 49. verb. *Negativum.*

NEG. Quia nemo poteſt repudiare hæreditatem niſi qui adire poteſt. *l.* 4. *l.* 18. *l.* 21. §. 2. *Acq. hær.* at viventis hæreditatem nemo adire poteſt. *l.* 1. *hær. vend.* Idque verum eſt ſive renunciet hæreditati ejus cum quo paciſcitur, ſive tertii. *l.* 3. *C. de Collat. Br. ad W. h. qu.* 40.

EXC. (1) Si illa renunciatio ſub negotio licito continetur; ita enim emancipatus excluditur ab hæreditate, quia filius eſſe deſinit. *l. f. c. Emanc.* (2) Si renunciatio fit propter utilitatem publicam; uti ſi ſecundogeniti accepto apanagio renunciant ſucceſſioni in favorem primogeniti. *Struv. Ex.* 38. *theſ.* 51. Item ſi filiæ contentæ dote ſua ulteriori hæreditati renunciant, *c.* 2. *h. t. in* 6. modo hic juramentum accedat, *dict. c.* 2. adeo ut non ſufficere renunciationem an Eydes ſtatt, bey Fürſtl. Gräfl. ꝛc. Ehren putent *Struv. Ex.* 39. *th.* 57. *Speckhan. Quæſt. jur. pag.* 411. Quod tamen verum non videtur; Vid. Dd. apud *Mull. ad. Struv. d. l. pag.* 1103. At poteſt conſuetudine introduci, ne juramentum præciſe requiratur. *Gail.* 2. *O.* 126. *Everh. jun. Vol.* 2. *conſ.* 5. *n* 2. & 3. uti de Saxonia teſtatur *Struv. d.* §. 51. *Carpz. p.* 2. *c.* 35. *d.* 8. Porro & (4) Juramentum

mentum omnem renunciationem validam reddit, propter periculum æternæ salutis. *c. cum contingat. x. de Jurej. Gail. 2. O. 39. n. 22.* (5) In matrimonio ad Legem Morganaticam, Vid. *Disp. B. Par. de lege Morgan. Speckh. d. l. pag. 413.* (6) Si renunciatur hæreditati in casum quo rite in renunciantem delata fuerit. *L. 23. ff. Act. emt. L. f. pr. C. pact.*

OBJ. (1) Quod in pacto renunciativo cesset votum captandæ mortis.

RESP. Neque hæc ratio prohibitionis est, sed quia viventis non est hæreditas, adeoque ei, quod non est, renunciari nequit.

OBJ. (2) Quilibet suo favori renunciare potest;

RESP. Dummodo jus habeat, & renunciatio non sit contra formam juris.

OBJ. (3) *L. 16. C. pact. L. 11. C. de transact.*

RESP. Loquuntur de pacto quod fit in casum ubi hæreditas actu delata. Vid. *Exc.* (6.)

Hodie omne pactum renunciativum valere ait *Struv. Ex. 6. th. 44.* & *Ex. 38. th. 47.* Ast omnes casus, quos in *Ex. 38. th. 51.* recenset, incidunt in nostras exceptiones: Nam hodieque regulam illam salvam manere apparet ex *c. 2. x. h.* & ex iis quæ tradit *Gail. 2. O. 39. n. 22. Struv. d. th. 51.* atque ita respondet *Carpzov. part. 2. const. 35. def. 10. H. Pist. p. 4. q. 6. n. 40.*

QV. XXXVI. *An valeat pactum de re vel facto turpi ac illicito?*

NEG. Adeo ut si quis v. g. homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, Promissio sit ipso jure nulla. *L. 27. princ. L. 123. V. O.* Idque de omni turpi stipulatione ita traditur in *L. 26. L. 35. §. 1. V. O. L. 7. §. 14. L. 27. §. 4. de Pact. L. 6. C. eod.* Conf. *Struv. §. 44. h.* Nam turpia extra facultatem nostram sunt, eaque nec facere nos posse credendum est. *L. 15. Cond. Inst.*

Laut. pag. 49. verb. *Facta quæ natura & jus permittunt.*

EXC. Si ipsa promissio sit rei licitæ, sed ob causam turpem, v. g. promitto 10. ut occidas. Hoc casu, cum promissio 10. non sit turpis, ipso jure illa subsistit, & saltem effectu destituitur propter turpem causam promissioni adjectam; & de tali pacto agitur in *L. 134. pr. V. O. L. f. pr. Cond. ob turp. caus. & L. 5. C. eod.* (*quæ de effectu actionis tantum intelligenda est.*) Idem contingit in promissione, quæ de re licita intervenit, sed turpiter, i. e. metu vel vi extorta est, nam hic quoque ipso jure subsistit pactum, sed effectum non habet, quia ille cui promissum est, si agat, repellitur exceptione metus &c. *L. 5. C. de Inut. stip.*

OBJ. (1) *L. 27. §. 3. Pact.* ubi valet pactum ne de dolo agatur.

RESP. Ibi non transigitur de dolo, sed de contractu depositi, ex quo cum dolus præstari debeat, de eo quoque transactum videtur.

OBJ. (2) *L.* 7. §. 14. *Pact.* ubi pacisci licet ne furti agatur.

RESP. Hoc fieri omnino potest, quia actor de re sua paciscitur, suum enim jus agendi, quod privatum est, remittit.

OBJ. (3) *L. p. Cond. ob turp. caus.* Ubi ei, qui turpiter pactus est, datur exceptio.

RESP. Ibi causa utrinque turpis est, & sic in pari causa melior conditio possidentis. *dict. l. pen.*

QV. XXXVII. *Si is, qui pactus est de non alienando, alienat, an alienatio sit ipso jure nulla, ita ut nec dominium transferat?*

Laut. p. 49. verb. *Sic etiam non subsistit.*

RESP. DISTING. An pactum de non alienando adjectum sit *conventioni*, an *traditioni*: *Illo* casu pacto non obstante res valide alienari, & dominium in alterum transferri potest, & tantum agitur ad id quod interest, scil. ad æstimationem, ut in *l.* 6. §. 1. *l.* 7. *Serv. export.* Item si per stipulationem prohibita est alienatio, *l.* 135. §. 3. *V. O.* quia ex stipulatione, ut ex pacto tantum agitur in personam ad id quod interest. *d.* §. 3. Conf. *Infr. L.* 20. *tit.* 5. *q.* 1.

EXC. Si quis jus in re habet, uti creditor hypothecarius, hic enim, si a debitore paciscatur ne pignus alienetur, alienatio nulla est. *l.* 7. *ff. f. Distr. pign.* Nam alias pactum sine effectu foret: quia actio personalis, ad id quod interest, non prodest, ut quis jus in re habeat. *d. q.* 1.

Hoc casu, si scil. traditioni rei meæ in continenti adjiciatur pactum ne alienetur, hoc pactum religiose observandum est. *L.* 48. *h.* Et quicquid contra pactum fit, ipso jure nullum est, *L. f. C. reb. al. non al.* quia pactum legem alienationi dat. *d. l.* 48. *L.* 20. §. 1. *pact. dot.* Quin nec tum plenum dominium videtur translatum, quia alia lege non fuit alienatio facta, quam ne alienetur: Adeoque paciscens actionem habet, *l.* 45. *h. l.* 10. *ff. relig.* Atque rem alienatam vindicat, vel condicit. *l.* 3. *C. cond. ob caus. dat. dict. l. f. l. p. C. si manc. ita vend.* Conf. *d. q.* 1.

OBJ. (1) *L. f. C. Reb. al. non al.* ubi alienatio prohibita dicitur, si lex, testator vel pactio id statuerit.

RESP. Prohibetur, sed vario effectu, vel ut ipso jure nulla sit, vel ut condici possit, vel ad interesse agi.

OBJ.

OBJ. (2) *L. 135. §. 3. V. O.*

RESP. Ibi non alienationi ſed ſtipulationi lex addita eſt.

QV. XXXVIII. *An conditio pro impleta habeatur, quoties per eum qui implere debet, non ſtetit?*

AFF. per *text. expr. in l. 23. Cond. Inſt. l. 6. princ. & §. 1. Eod.* Nam tales conditiones, pro non ſcriptis habentur, *l. 6. §. 1. Cond. & dem.* & ipſo jure adimpletæ cenſentur. *L. 7. §. 1. Eod.* Idque confirmatur exemplis in *d. l. 6. pr. & §. 1. L. 7. L. 8. L. 14. L. 40. L. 57. Cond. dem. L. 13. pr. Ann. leg. L. 20. Eod. L. 54. ſ. 2. L. 92. §. 1. l. 1. L. 8. §. 7. l. 20. pr. L. 23. Cond. Inſt. L. 88. §. 3. leg. 2. L. 2. L. 3. §. f. Cond. cauſ. dat. L. 1. L. 2. C. de Inſtit. &c.* Et multo magis verum id eſt, ſi per adverſarium ſtetit quo minus impleri potuerit. *L. 39. R. J. L. 161. Eod. &c.* Sed hoc hactenus verum, ne ipſe teneatur, quaſi non impleta conditione; non autem, ut & petere poſſit, quaſi ea impleta: *Diſputat. B. Parentis de Jure Pœnitend. Sect. 4. §. 7. ſeq.* Quin habetur conditio pro impleta, etſi ipſe qui implere debet, in cauſa ſit, quo minus impleri poſſit, modo non ejus culpa: Hinc ſi quis implere conditionem paratus, morbo impediatur, impleviſſe dicitur, *l. 5. pr. Cond. cauſ. dat.* & advocato etſi præmortuo totius anni ſalarium debetur, quia per eum non ſtetit. *L. 1. §. 13. Extr. cogn.* Hinc conditio pro conſequenda libertate adjecta, videtur impleta, ſi appareat eum liberum fuiſſe, adeo ut ſi implendæ conditionis cauſa aliquid dederit, illud condici poſſit. *L. 3. ſ. 5. Cond. cauſ. dat.* Aliud exemplum eſt in *L. 8. ff. de Cond. dem.*

Laut. pag. 52. verb. pro Impleta habetur.

EXC. Si culpa vel dolo ejus qui implere debet, impleri non poſſit, ut in *L. 13. pr. Ann. leg.* Item ſi cum potuerit ſemel impleri conditio, per moram ejus impoſſibilis fit: Ut in *L. 3. ſ. 3. L. 5. §. f. Cond. cauſ. dat.* jam enim revera per eum ſtat, & ipſe in culpa eſt, quo minus voluntati diſponentis ſatisfactum ſit.

QV. XXXIX. *An obligatio recte dividatur in naturalem, civilem & mixtam?*

AFF. NATURALIS enim obligatio in ſpecie ſi dicta eſt ex qua omnes effectus debiti oriuntur, *l. 16. §. 4. fidej. l. 26. §. 12. Cond. indeb.* excepto eo ſolo quod non actio inde detur, quippe quæ ex ſingulari ratione juris civilis denegatur. Unde ſolò æquitatis vinculo ſuſtineri dicitur *l. 95. §. 4. ſolut.* Atque hinc eſt, quod ex nudo pacto nulla detur actio, ſed exceptio, quia debitum ibi ſubeſt naturale, *l. 7. ſ. 4. Pact.* Hujus naturalis obligationis effectus recenſet

Laut. p. 49 in fin. verb. Nuda obligationem naturalem tantum.

Laut. pag. 49. in f. & *p. 620.* & ad duo membra refert *B. Par. in Hyp. Inst. tit. de Oblig.* §. 2. Scil. Quod (1) exceptio inde detur; & hinc (2) accessiones quoque valeant: Aliquando tamen generalior est acceptio vocis obligationis *naturalis*: atque sumitur pro efficaci, quæ actionem quoque producit: ut in *l. 10. Q. A. l. 5. in f. pr. aut. tut. l. 16. § 4. ff. de Fidejuss.* Aliquando improprie sumitur pro obligatione quæ ex virtute est. *Hypomn. d. l.*

Obj. Quod in naturali obligatione non sit creditor, *L. 10. V. S.* nec debitor, *L. 66. R. J. l. 112. eod. L. 20. §. 3. liber. caus.*

Resp. Non sunt creditores vel debitores, quoad effectum missionis aut actionis, de quibus agunt *dicti textus*. Sed sunt tales, quibus debetur, vel qui debent, ope saltem exceptionis, *L. 16. §. 3. de Solut.* etsi quoad effectum actionis obligati non sint, *d. l. 20. d. l. 66.* & hoc sensu abusive creditores dicuntur. *dict. l. 16. §. 4. Wissenb. ad d. l.* 10. *n. 26.* & *seq.*

CIVILIS in specie dicitur ex qua sola actio oritur, & nulli effectus debiti; Adeoque ibi jure Gentium debitum non est, sed nuda formula actionis jure civili competit, quæ vero per exceptionem perpetuam inutilis redditur; Adeo ut ex ea solutum tanquam indebitum condici possit. *L. 40. pr. Cond. ind.* Tales obligationes mere civiles occurrunt in *tit. Inst.* & *ff. de Except.* In quibus actio, quæ ipso jure mihi competit, perpetua exceptione eliditur: Ita in *L. 3. §. 1. de Const. pec.* expresse refertur debitum: *quod quis jure civili* debebat, *jure prætorio, i. e. per exceptionem, non debebat:* Atque hinc indebitum vocatur *dict. §. 1.* quia scil. cum effectu debitum non est; Conf. *L.* 10. *V. S.* ibi: *vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuæ remotione*, ergo datur aliquod debitum civile cum perpetuæ exceptionis remotione, quod proinde erit mere civile: de cujus effectu vide *Laut. comp. p. 620.*

Dissent. *Struv. Ex. 6. th.* 12. *ibique Evol.* & *Ex.* 18. *th. 38.* & putat non dari obligationem mere civilem, sed eam etiam esse naturalem, & per exceptionem deinde etiam civilem tolli. *h. Ex.* 18. *th. 33.* Verum hæc magis pugnant, civilem obligationem æquitate naturali niti, & ex æquo & bono tolli, esse natura æquum, & æquo contrarium. Ita si mihi 10. debes, in momento, quo ex pacto ea tibi remitto, desinis jure naturæ deberi. Etsi igitur actio adhuc duret, & civiliter debeas, pugnat tamen jure naturæ quoque te debere, & eo jure desiisse debere. Sed nec admitti potest, quod *d. th. 33.* ait, exceptione etiam civilem obligationem tolli, cum constet pactis jus civile tolli non posse. *L. 27. §. 2. ff. h.*

Obj. (1) Duas saltem species obligationis in jure memorari, civilem & naturalem.

Resp. Has voces generis esse, quod continet suas species, & uti naturalis

ralis meram & mixtam naturalem, *dict.* l. *10. de O. & A.* ita civilis meram & mixtam civilem continet. *L. 1. pr. & §. 1. Nov.*

Obj. (2) Jus civile non esse sine fundamento juris naturæ, *L. 6. J. & J.*

Resp. (1) Id negari; quod enim juxta *d. l. 6.* juri naturæ additur vel detrahitur, id non fundatur in jure naturæ. (2) Nihil inde inferri, non enim id versatur juri naturæ, sed convenit, quia actio omni effectu caret, ut, qui natura non debet, nihil quoque præstet.

Obj. (3) Obligationem civilem jure naturali quoque subsistere, & exceptione elidi, §. *1. & seq. de Exc.*

Resp. Utrumque gratis assumitur: nam obligatio mere civilis nec subsistit jure naturali, nec exceptione tollitur, sed hæc naturalem solam tollit.

MIXTA obligatio quæ sit, patet; scil. quæ & naturalis est & civilis; i. e. unde & omnes effectus debiti, & actio nascitur, uti id apposite traditur in *L. 3. §. 2. de Const. pec.* Atque hæc aliquando solet vocari simpliciter naturalis, ut in *L. 9. in f. pr. de Aut. tut. L. 10. O. A. L. 16. §. 4. fidej. &c.* Plerumque tamen civilis. *L. 1. pr. & §. 1. de Novat. L. 59. Cond. indeb. &c.*

De origine triplicis hujus obligationis late egit *B. Parens in disp. de vero debitore sententia absoluto Sect. 2. per tot.*

Qv. XL. *An Jur. Can. ex pacto nudo detur actio?*

Aff. Vid. *sup. pag.* 199. *seq.*

Dissentit *Laut. hic:* Neque

Laut. pag. 49 verb. *Actionem tamen non pariunt &c.*

Obst. (1) Quod nullibi dicatur in jure canonico pacta nuda parere actionem.

Resp. Contrarium demonstratum est *dict. p.* 199. vid. *Obj. seq.*

Obj. (2) Quod verba in *c. 1. x. h. Conventus (si se non cohibuerit) ecclesiasticam sentiat disciplinam &c.* non ita intelligenda sint, quasi reus per actionem conventus ecclesiasticam disciplinam sentire debeat, sed quod *conventus*, i. e. collegii disciplinam sentire debeat.

Resp. Imo prior sensus magis textui convenit; nam species ibi proposita est, ubi Antigonus contra Optantium agit, petitque ut *conventus* scil. Optantius, *si se non cohibuerit* (i. e. si pacto non steterit) *disciplinam sentiat ecclesiasticam:* Sed quicquid sit, sufficit (2) quod Antigonus actionem contra promittentem instituerit, quod concilium Africanum secundum petita pronuntiaverit, &

& quod promittens ad servandum pactum compulsus fuerit, quæ omnia vera non essent, si, uti jure civili, nuda exceptio saltem ex pacto daretur.

OBJ. (3) Quod concilium tantum ita pronuntiet: *pax servetur, pacta custodiantur:* At pari modo prætor disponit, & tantum non nisi exceptio inde oritur. Vid. *sup. pag.* 199.

RESP. Ibi non simpliciter pronunciat concilium, servanda esse pacta, sed ad institutam actionem, & secundum petita actoris; ita scil. ut per disciplinam ecclesiasticam compelli possit: quæ omnia nudæ exceptioni haud conveniunt.

Qv. XLI. *An in obligationibus dandi præcise res præstari debeat?*

Laut. p. 50. verb. *Præcise illam tradere &c.*

AFF. §. 2. *Inst. donat.* nam non potest dici, quod debitor fidem datam impleverit, si id quod interest præstat, hoc enim non promisit: Atque hæc est communis Dd. sententia. *Struv. h. §. 46. & Ex. 47. §. 22. B. Par. Hyp. Inst. de V. O. §. 9.* At si non vult, vel culpa sua non potest, rem ipsam dare, tunc non tantum ad veram æstimationem, sed præterea in pœnam ad omne id quod interest tenetur. *L. 113. in f. l. 114. V. O.*

OBJ. *l. 38. §. 17. de V. O.* ubi stipulationes dicuntur inventæ, ut unusquisque acquirat quod sua interest.

RESP. At interest rem ipsam habere. De quo plenius *ad tit. de act. Emt.*

Qv. XLII. *An in obligationibus faciendi præcise factum debeatur?*

Laut. p. 50. verb. *In obligationibus nudi facti.*

NEG. Sed id quod interest, non enim libertati conveniens visum est, ut homo in hominem ipsasque ejus actiones jus habeat, sed ut haberet saltem in æstimatione, quæ in bonis est, *L. 72. pr. V. O.* ibi: *justa æstimatione facti dandam esse petitionem. L. 13. §. 1. de re jud.* ibi: *Sin minus, quia non fecit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur: sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.*

Atque hinc perpetuo in jure opponuntur obligatio rerum & faciendi, quod illa certa sit, hæc incerta. *L. 4. usur. L. 3. §. 1. Act. emt. L. 13. §. f. Re jud. L. 72. L. 68. L. 81. L. 84. L. 112. V. O. §. f. Inst. Eod.* Neque moribus nostris aliud introductum apparet. *Phil. Us. Pract. Inst. L. 3. Ecl. 94. n. 1. Christ. V. I. D. 323. Vinn ad §. 1. V. O. Dn. Stryk. U. M. h. §. 10.*

EXC. (1) Si non nudum sit factum, sed opus, vel restitutio rei promissæ, ut in casu *L. 11. §. f. de leg. 3.* ubi ille qui legatum accepit ut opus faceret, non liberatur offerendo æstimationem: Item in *L. 68. R. V.* (2) Si inter-

intereſſe æſtimari non poteſt, hinc hæres ſervum manumittere juſſus præciſe id facere debet. *L. 24. §. 12. fideic. lib.* nam æſtimatio libertatis præſtari nequit. (3) Si lex ob utilitatem publicam præciſe factum exigit, ut in operis novi nunciatione, *L. 20. pr. L. 21. §. 4. Oper. nov. nunc.* Atque ex eadem ratione ille, qui abſentis defenſionem ſuſcepit, compellendus eſt judicium accipere, *l. 35. ff. procur.* Magiſtratus enim jus in noſtras actiones habet.

OBJ. (1) *L. 28. Donat.* Ubi filia patrem, qui ea lege ei donaverat hæreditatem, ut eum contra creditores hæreditarios defenderet, præciſe defendere tenetur. *l. 28. donat.*

RESP. Tenetur actione præſcriptis verbis, adeoque ad id quod intereſt.

OBJ. (2) Quod fides ſit ſervanda, *l. 1. pact.* fides vero intervenit de facto.

RESP. At factum continet ſua natura facti utilitatem.

OBJ. (3) Quod aliud pro alio ſolvi non poſſit.

RESP. Non ſolvitur aliud, quia non ipſum factum, ſed ejus utilitas in obligatione eſt.

QV. XLIII. *An conditiones tacitæ, i. e. quæ vel ex rei natura, vel ex legis diſpoſitione inſunt, pro veris conditionibus habeantur?*

NEG. Cum enim hic agatur de diſpoſitione hominis conditionali, patet conditionem hic fieri per orationem diſponentis, quæ quid ſuſpendit in futurum eventum. *l. 19. pr. l. 34. §. 1. ff. Cond. & dem. l. 39. R. C. B. Par. Hyp. Inſt. de Hær. Inſt. §. 5.* Quoties ergo *diſponens* non ſuſpendit, ſed vel *lex*, ut in caſibus *l. 73. §. 1. V. O. l 21. I. Dot. l. 6. §. 1. tutel.* vel ipſa *natura rei*, ut in legato fructuum naſciturorum &c. *l. 1. ff. Cond. & dem. l. 73. pr. V. O.* non erit conditio, ſed diſpoſitio hominis pura. *l. 99. Cond. dem.* Non enim diſponens voluit exſpectari caſum aut conditionem, ſed lex, aut natura rei, diſpoſitionis effectum differt. *l. 73. pr. V. O.*

Laut. p. 50. verb. quæ propter naturam vel LL. diſp.

Idque verum eſt, licet expreſſe a diſponente addatur talis conditio quæ tacite ineſt, *L. 6. ff. 1. de tut.* fruſtra enim addita videtur, cum etſi non fuerit addita, ipſa tamen lege vel rei natura contineatur. *l. 12. ff. Cond. Inſt.* Hinc etiam non tam diſpoſitionis quam admonitionis cauſa adjecta videtur, *dict. l. 6. l. 48. V. O.*

Effectus eſt (1) Quod pura hæc ſit diſpoſitio a diſponente quippe non ſuſpenſa, *d l 99. L. 107. Cond. dem.* unde ſtatim jus mihi quæſitum eſt: Licet ergo (2) decedam ante quam tacita conditio exiſtat, non tamen videtur defeciſſe conditio, *l. 48. V. O.* niſi illa cum ipſa perſona deficiat, ut in *l. 4. §.*

2. *de Pact.* Hinc (3) legatarius transmittit legatum, licet ante existentem tacitam conditionem decedat, *l. 6. §. 1. Quando dies leg.* quia purum est.

Obj. (1) Quod dispositio non possit videri pura, cum non statim peti ex ea possit.

Resp. Hoc non ex dispositione partium, sed ex natura rei, ut in *l. 73. pr. V. O. &c.* vel legis dispositione, ut in *L. 4. §. 2. de Pact. &c.*

Obj. (2) Quod deficiente tacita conditione deficiat stipulatio, *l. 4. §. 2. Pact.* adeoque jus pure quæsitum non videtur.

Resp. Deficit iterum stipulatio non ex dispositione hominis, quæ pura est, sed legis, vel natura rei: Frustra enim dos petitur, non secutis nuptiis, *d. l. 4.* nam dos non potest esse sine matrimonio, *l. 3. de jur. dot.* Sic frustra petuntur fructus ex legato fructuum nasciturorum, si nulli nascuntur, *l. 73. pr. V. O.*

Obj. (3) *L. 107. Cond. & dem.* ubi conditio quæ tacite inest, pro vera conditione habetur; ibi: *quia sub contraria conditione datum videtur.*

Resp. Imo contraria illa conditio non tacite ex ipsa lege vel natura rei inest, sed infertur ex dispositione & oratione testatoris, qui, dum sub conditione legatum adimit, hoc ipso sub contraria conditione implicite illud relinquit.

Qv. XLIV. *An impossibiles conditiones vitient pactum?*

Laut. p. 50. verb. (3) Impossibiles natura.

Affirm. (1) Quia deficit voluntas. *L. 4. §. 1. Stat. lib.* Qui enim 100. mihi promittit sub conditione *si cœlum* digito tetigeris, eo intentius insiciatur, tam constanter enim se mihi 100. daturum negat, quam certum est nunquam me digito cœlum tacturum. Idque (2) egregie explicatur in *l. 31. O. A.* ubi postquam impossibiles conditiones nullius momenti esse asseruit JCtus, addit rationem, *quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur; quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* Conf. *L. 1. §. 11. O. A.*

Obj. (1) *c. f. de Cond. appos.* Ubi conditiones impossibiles adjectæ sponsalibus pro non adjectis habentur, & tantum excipiuntur illæ quæ sunt contra substantiam matrimonii.

Resp. Receptum quidem hoc est Jure Can. in favorem matrimonii, at rationi hæc dispositio repugnat, unde a Dd. rejicitur. *Struv. Ex. 29, th. 6.*

Obj.

Obj. (2) Quod in ultimis voluntatibus conditio impossibilis pro non ſcripta habeatur. §. *10. Inſt. Hær. Inſt. L. 1. l. 6. l. 20. princ. Cond. Inſt. l. 3. Cond. dem. ibique Gothofr.*

Resp. Singulare eſt in conditionibus faciendi (Vid. *tit. Cond. Inſt.*) ultimis voluntatibus adjectis, ibi enim teſtator, qui ſolus, proprio motu, & nemine quærente diſponit, non poteſt videri noluiſſe diſponere, quia ſic nihil dixiſſet, nec ratio ulla eſt, cur ad diſponendum proceſſerit; Accedit quoque favor ultimarum voluntatum, pro quibus conſervandis benignæ interpretationes adhiberi ſolent: Inprimis cum videatur paruiſſe (quod ſolum in ultimis voluntatibus inſpicitur, *L. 19. pr. Cond. dem.*) per quem non ſtat, quo minus conditio impleatur. *L. 40. §. fin. Stat. lib.* Quæ omnia ceſſant in actibus inter vivos, ubi omnium voluntas ſpectatur. *L. 31. A. O.*

Qv. XLV. *An conditio in forma ſpecifica impleri debeat?*

Aff. *L. 44. §. 3. Cond. dem.* Quia ex verbis mens & intentio diſponentis regulariter interpretanda eſt. Tota enim ratio & eſſentia conditionis conſtituitur ex mente diſponentis, ea ergo mutari vel alio modo impleri non poteſt. Etſi enim æquipollens præſtetur, tamen ejus voluntati ſatisfactum dici nequit. *L. 55. L. 94. ff. Cond. dem.* Hinc qui domino dare debet non implet conditionem dando ſervo ejus. *d. l. 44.* Et conceſſa exſpectativa in caſum mortis, nondum videtur exſtitiſſe conditio aperto feudo per feloniam. *Carpz. p. 2. c. 35. def. 3. n. 6. Dn. Par. Hyp. J. feud. t. 6. §. 17.* quia conditio impleri debet in forma ſpecifica. *Carpz. d. l.*

Laut. pag. 51. verb. Poteſtativa vero in forma ſpecifica.

Exc. Si non ipſa eſſentia, ſed id ſaltem, quod accidentale eſt, mutatur, hoc enim per æquipollens fieri poteſt, ſi in ea forma vel plane non, vel difficilius, adimpleri poſſit. Dignoſcitur autem id ex mente diſponentis, ſi ſcil. ille conditionem medium ſaltem conſequendi eſſe voluit, nam tunc etiam per alia media fieri poteſt, ut in *L. 3. C. ſubſt. & L. ult. C. don. quæ ſub.* ubi ſi filiusfam. inſtituitur vel ei donatur in caſum *ſi emancipatus fuerit*, impleta quoque videtur conditio, ſi *morte* patris fit ſui juris. Ita in *l. 11. §. 11. leg. 3.* ubi teſtator duos hæredes inſtituit, *ſi monumentum exſtruxerint*, impleta videtur conditio ſi unus ſaltem adeat, & ſolus monumentum exſtruat. Atque huc quoque pertinet *L. 16. Uſufr. leg.* ubi voluntati ejus, qui civitatem hæredem inſtituit, & in ſui memoriam inuſitatum ſpectaculi genus celebrari juſſit, ſatisfactum videtur, ſi alio & licito genere memoria teſtatoris celebretur.

Varie hic Dissentiunt Dd. vid. *Laut. h. Dec. conſ. 63. n. 3. & Conſ. 89. n. 2. Mull. ad Struv. Ex. 38. th. 51. pag. 774.*

LIB. II. TIT. XV.

DE TRANSACTIONIBUS.

Qv. I. *An transactio sumatur pro ipso actu, an vero pro conventione?*

Laut. p. 53. verb. conventione decidere.

RESP. *Aliquando* sumi pro actu transactionis, & pro ipsa decisione rei dubiæ, ut in *l. 17. C. de Transact. l. 3. §. 1. ad L. Falc. l. 46. ff. R. V. c. 6. x. de transact.* Aliquando pro pacto & conventione, uti hic, *l. 28. C.* verb. *convenisse h. t. l. 3. pr ff. h. l. 1. §. 3 Pact.* & inprimis in *l. 15. ff. h.* hinc *transactionis* placitum dicitur in *l. 6. h.* Conf. *l. 5. l. 31. l. 39. l. 40. l. p. C. h.*

DISSENTIT *Struv. in Evol. ad th. 54. Ex. 6.* qui putat transactionem semper designare ipsum actum; & ad omnes illos textus respondet, quod actus transactionis omnino fiat per conventionem: Verum ex textibus illis apparet ipsam transactionem quoque pactum vocari. Vid. *l. 15. h. t. l. 1. §. 3. pact.*

Qv. II. *An transactio sit contractus innominatus?*

Laut. p. 53. verb. fit vel pacto.

NEG. Sed est pactum nudum, vid. *quæst. præced.* quo scil. aliquid promittitur pro ipsa decisione & finitione causæ, *l 2. ff. l. 35. C. h.* quod sæpe in contractum abit v. g. innominatum. *l. 6. l. 38. C. h.* vel stipulationem, *l. 15. h.*

OBJ. Semper videri esse contractum innominatum, cum aliquo dato fiat. *l. 38. C. h.* Unde & actio præscriptis verbis datur. *l. 6. l. 33. C. h.*

RESP. Transactio utrinque potest fieri, ut nuda tantum promissio intercedat, non vero res vel factum; Ut si unus promittat se daturum ut alter discedat, hoc consentiente. nudum pactum est, & nec dum ille dat, nec hic discedit, sed consentit tantum se data pecunia discessurum: Verum ut sit contractus innominatus, requiritur ut vel alter actu det, & est do ut facias, vel alter actu discedat & renunciet liti, tunc est facio ut des.

OBJ. (2) *l. 5. c. h.* ubi Transactio contractus dicitur.

RESP. Quia plerumque per contractum innominatum fit; sed & vox contractus ibi late accipitur pro omni negotio. *l. 21. jud.*

DISSENT. *Bald. rubr. tit. de rer. perm. n. 4. Bartol. ad l. 1. n. 1. de Pact.* Alii contractum nominatum dicunt, *Coras. miscell. l. 1. c. 23.* refutati a *Dno.*

Dno. de Ludwig, Consiliario regio intimo & Cancellario Acad. Fridericianæ, in *eruditiss. Disp. Pro jure ratractand. transact. c. 1. §. 4.*

Plurimum vero *hodieque* interest, an pacto nudo fiat transactio, an per stipulationem, seu per contractum innominatum, non quidem quoad effectum actionis, *Dn. Stryk. U. M.* §. 13. sed quoad effectum tollendæ obligationis. Priori enim casu nunquam ipso jure tollitur obligatio, secus in posterioribus casibus. Vid. *sup. Tit. 14. q. 17.*

Qv. III. *An procurator generalis possit transigere?*

RESP. *Generalis omnium bonorum* potest, cum probabilis est litis incertitudo; *l. 35. pr. de Jurej.* nam tunc pertinet ad bonorum administrationem & conservationem, ne periculo probabili incertæ litis subjiciantur, & in totum pereant. *l. 17. §. f. de jurej. junct. l. 2. eod. l. 12. ff. Pact.* At *Generalis, omnium v. g. litium*, transigere nequit. *l. 60. procur.* Nam hic mandatum habet ad agendum, qui vero transigit, non agit, sed ab actione desistit, quæ contraria sunt. *l. 7. C. h.* Hinc nec Syndici civitatum transigere possunt, nisi sint universorum bonorum. *l. 12. C. h.*

Laut. pag. 54. verb. Generaliter ad omnia.

OBJ. *L. 46. §. 1. Adm. tut.* Ubi tutor, qui est procurator universorum bonorum, quin instar Domini, transigere nequit.

RESP. Verum est, quod non de qualibet re dubia minoris transigere possit, de quo est *d. l. 46.* Sed expresse requiritur in *l. 35. pr. de Jurej.* ut jus ejus valde dubium sit: *Gail. 2. O. 72. num. 1. & num. 9.*

Qv. IV. *An Syndici & civitatum administratores transigere possint?*

RESP. Si tales sunt Syndici &c. quibus omnia bona civitatis administranda commissa sunt, recte asseritur, transigere eos posse, per *L. 5. C. Usur. L. 12. C. transact.* Conf *L. 14. ff. de pact. & quæst. præced.* Secus si saltem sunt defensores civitatis ratione litium, ut in *L. 34. §. 1. Jurej.* vel saltem ad certa negotia constituti; tunc enim eadem ratio eos transigere prohibet, quæ procuratores generales omnium litium. Vid. *quæst. præced.* Atque de tali procuratore Principis agit quoque *l. 13. h. l. 1. §. 1. off. proc.* & *Laut. p. 54. l. c. in fin.*

Laut. p. 54. verb. Idem est in syndicis.

Moribus nihil hic mutatum apparet. Etsi *Gail. 2. O. 72. n. 11. & seq.* simpliciter Syndicis transigendi potestatem concedat. Conf. *Dec. Cons. 297. n. 4. in fin.*

Laut. pag. 55. verb. (1) *super causa controversa.*

Qv. V. *An valeat transactio de reliquis in testamento, etiam non inspectis verbis testamenti?*

Vid. *infra Part.* 2. *lib.* 29. *tit.* 3. *q.* 3.

Qv. VI. *An transactio præcise requirat rem dubiam ac incertam?*

Laut. pag. 54. verb. *incerta & dubia.*

Aff. *L.* 1. *ff. h.* atque inde differre a pacto dicitur, *dict. l.* 1. *L.* 2. *l.* 12. *L. f. C. h.* Dubia autem res esse dicitur, quoties lis metuitur. *L.* 2. *C. h L.* 65. *§.* 1. *ff. Cond. indeb.* Modo non sit evidens calumnia; licet enim hæc in litem deducatur, non tamen dubia res est. *dict. l.* 65.

Obj. (1) *L.* 31. *C. h.* ubi de re certa interponitur transactio.

Resp. Certa res ibi dicitur, cujus species certa est, non cujus jus; nam species, de qua quæritur, certa esse potest, licet jus circa illam sit dubium.

Obj. (2) *L.* 229. *V. S.*

Resp. Transactio fieri non tantum potest de re, super qua actu lis mota est, sed & de re quæ in judicium deducta nondum est, adeoque quæ hactenus *sine controversia possessa fuit*, at ubi in futurum lis metuitur. *l.* 65. *§.* 1. *ff. Cond. indeb.* Aliter conciliare videtur hoc dubium *Dn. Ludwig. in Disp. pro jure retract. Instr. c.* 1. *§.* 2. Aliter respondet *Connan. l.* 5. *Jur. civ. cap.* 6.

Praxi quoque hoc ita obtinere tradit *Illustris Dn. Stryk. C. C. S.* 3. *c.* 7. *§.* 2.

Qv. VII. *An transactio de alimentis futuris ultima voluntate relictis valeat?*

Laut. pag. 54. verb. *de alimentis.*

Neg. Quia illi, quibus alimenta tenuia relicta sunt, facile aliquid remittere solent, ut omnia simul & una vice accipiant: *L.* 8. *pr. ff. h.* Unde (1) deterior redderetur conditio alimentorum, quod prohibetur *L.* 8. *§.* 6. *h.* Et (2) pro parte elusoria fieret voluntas testatoris. Conf. *d. l.* 8. *§.* 24. *h.*

Exc. (1) Casus autoris, si forte melior sit conditio alimentorum, *d. l.* 8. *§.* 6. *&* 24. vel si juramentum accessit, *c. quamvis de Pact. in* 6. aut Prætoris cognitio *Laut. h.*

Exc. (2) Si non per ultimam voluntatem, sed per modum contractus, adeoque per actum inter vivos relicta sint alimenta, jam enim non sit elusoria voluntas ultima, in cujus favorem id introductum est. *l.* 8. *§.* 2. *in f. ff. h.* sed juri ex pacto quæsito quilibet renunciare potest.

Exc.

Exc. (3) Si transigatur de alimentis præteritis, ubi cessat ille favor, *l. 8. C. h.* neque enim amplius eo nomine egere potest.

Vel (4) de annuis reditibus, quia non alendi causa relicti sunt. *L. 8. §. 13. ff. h.* (secus in alimentis annuis, *dict. l. 8. §. 7. h.*)

Exc. (5) Si gratis remittantur, nam tum invito beneficium alimentorum non obtruditur, sed illi renunciare plene potest. *Laut. p. 55.* ibique Dd. *Struv. Ex. 6. th. 58.*

Insto (1) Quod eadem sit ratio in transactione, quæ in gratuita remissione.

Resp. Imo in transactione pro parte agnoscit voluntatem defuncti, pro parte eam rejicit, quod fieri nequit: Secus in pacto.

Insto (2) In *l. 8. §. 17. h. t.* non nisi cum causæ cognitione & autore prætore licitum esse alimenta donare: Adeoque & in donatione i. e. gratuita remissione prætor intervenire debet.

Resp. Non loquitur de gratuita remissione, sed de remissione ex pacto transactionis, cujus causam non cognovit; hic enim negligit officium, & aliquid donare videtur.

Insto (3) Quod in *l. 8. §. 15. h.* fundus pignori pro alimentis obligatus sine prætore liberari nequeat, nedum ergo gratis remitti.

Resp. Liberari nequit, quia voluntate defuncti obligatus fuit, hæc voluntas vel tota servari debet, vel tota rejici, quod fit gratuita remissione.

Qu. VIII. *An impune de criminibus capitalibus transigere liceat?*

Aff. *L. 18. C. transact.* & *L. 1. ff. de bon. eor. L. ult. ff. de præv.* (1) quia ignoscitur ei, qui metu tanti supplicii ex imbecillitate humana transigit, & sanguinem quocunque modo redimere cupit. *L. 1. ff bon. eor.* Neque (2) delicta hic impunita manere credendum est; nam cum hæc crimina sint publica, ab unoquoque ex populo vindicari possunt: Accusator enim tantum de suo jure privato transigit; *l. 5. §. 2. ff. ad Leg. Jul. vi publ. Carpz. p. 4. const. 13. def. 10. Laut. h. Treutl. h. §. 5. l. d.* Non vero de ipso crimine, quia pactum hoc esset de causa publica & a causa privata remotum, indeque illicitum, *l. 27. §. 4. pact.* idque (3) praxi obtinere tradit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 12. Clar. l. 5. §. f. q. 58. n. 3. 18.*

Laut. pag. 55 verb. quorum pœna est ultimum supplicium.

Hoc adeo verum est, ut (α) transigens non habeatur pro convicto. *l. 7. de Prævar.* indeque non fiat infamis, vid. *infr. q. 12.* quin (β) accusator recedere potest etiam non petita abolitione ex ratione *dictæ legis 18.* (Cum alias ille,

ille, qui ab accusatione recedit, non petita abolitione, incidat in SCtum Turpilianum, & graviter puniri soleat. *l. 1. ff. 7. Sc. Turpil.* Vid. *Laut. infr. p. 705*) Nam pœnam hanc, & ipsum SCtum, tantum in non capitalibus obtinere probat, & ratio specialissima *d. l. 8. junct. d. l. 1.* & Dd. communiter. *Brunn. ad. W. h. q. 23.* (γ) Nec ideo accusator in concussionis crimen incidit. *l. 1. §. 3. de calumn.*

Neque Obst. *l. 2. ff. Concuss.* ubi tenetur ex pœna L. Corneliæ, qui pecuniam accipiunt, ne accusent.

Resp. Responsio habetur in *d. l. 1. §. 3. de Calumniat. neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus. Mynf. c. 6. O. 22.*

Regula autem procedit hodieque, *Mynf. cent. 6. O. 22. & Cent. 2. O. 79. H. Hart. tit. 22 obs. 1. per tot.* Et quidem in omnibus criminibus pœnam sanguinis ingerentibus, tum propter textus generales in *l. 18. C. transact. l. f. de prævar. l. 1. ff. bon. eor.* tum propter generalitatem rationis in *d. l. 1.* Adeoque valet etiam transactio (1) de stupro, *Zœs. h. n. 39. Tr. h. §. 5. l. c.* ubi dissent. Dd. (2) de homicidio, *Treutl. d. §. 5. l. d.* & latrocinio, *Carpz. p. 3. q. 148. n. 33.* (3) de parricidio, *Zœs. h. t. n. 42.* (4) de crimine fractæ pacis publicæ, *Gail. de Arrest. c. 16. n. 46. Mynf. Cent. 2. O. 79.* (5) de raptu, *Clar. l. 5. ff. f. q. 58. n. 12.* (6) de crimine majestatis, neque enim hoc ullibi exceptum apparet. *Giph. Disp. ad Inst. 4. 297. n. 16. seq. Struv. Ex. 6. §. 61. Bach. ad Tr. dict. §. 5. l. a.*

Dissentit *Zœs. h.* quia ex crimine majestatis conscii quoque tenentur, qui vero transigit, conscius est.

Resp. Tunc non ideo punitur, quia transegit, sed ideo quia conscius fuit, vel ideo, quia non detulit; nam etiam post transactionem deferre potest & debet, quia transegit saltem de accusatione.

Qv. IX. *An de Adulterio quoque transactio valeat, & an gratis remitti possit?*

Laut. pag. 55. verb. *excepto adulterio.*

Transactio de adulteriis in specie prohibetur *l. 18. C. h.* quia cum maritus & pater debeant irasci, *l. 29. pr. L Jul. adult.* speciem lenocinii exercerent, si vindictam negligerent *l. 2. §. 2. L Jul. Adult.* (Idque hodie quoque obtinere ait *Treutl. h. §. 5. l. c. Stryk U. M. h. 18. Zœs. h. n. 31. seq Carpz. Crim. q. 71. n. 31.* Etsi dissentiat *Azo apud Goth. ad d. l 18. Struv. h. §. 61. Carpz. crim. q. 55. n. 15. Heig. 2. q. 29. & Dd. apud. Stryk. d. l*)

Obj. *Nov. 117. in Epilog.* ubi valet transactio de adulterio.

Resp.

RESP. Alia capita præcesserant civilia, ad quæ illa amicabilis compositio pertinet: Uti si transigit de eo, quod ter prohibitus non abstinuerit ab uxoris conversatione.

An vero gratuita remissio adulterii valet?

AFFIRMATUR per text. expr. in *l. 29. §. 2. ff. de Adult.* ibi: *cæterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet:* Conf. *Struv. Evol. h. ad th. 61.*

Nec OBSTAT *d. l. 29. pr.* ubi is, qui uxorem in adulterio deprehensam retinet, lenocinium committit, & additur ratio, quia debet irasci uxori.

RESP. Loquitur de uxore, quam in adulterio deprehendit maritus, adeoque ubi patientiam prætextu incredibilitatis adumbrare nequit: *d. l. 29. pr.* hoc enim speciali casu etiam gratuita remissio mariti prohibetur per text. expr. in *l. 2. § 2. Eod.*

Hodie remissiones hujusmodi gratuitas fieri posse, late probat *Dn. Stryk. U. M. h. t. §. 13. & 14. Clar. Pract. crim. dict. q. 58. n. 11. Carpz. p. 4. c. 19. d. 10.* inprimis propter *Nov. 134. c. 10.* ubi marito biennio recipere adulteram permittitur, ergo potest non irasci. Quod magis jure Sax. receptum, ubi intercessio mariti prodest adulteræ: Adeo ut tunc maritus perdat jus accusandi. *Dn. Stryk. §. 14. h.* Tacite quoque remittere videtur, si denuo cohabitet cum adultera, *Carpz. crim. q. 55. n. 40. Stryk. d. §. 14.*

QV. X. *An de crimine non capitali transigere liceat, & an eo falsum committatur?*

RESP. Transigere quidem de crimine non capitali non licet, at si quis transigit, eo non potest falsum commisisse videri, cum tota ratio falsi hic cesset. Neque (2) ullibi in jure hoc dicitur. Cæterum in alias pœnas partes incidunt: Reus enim habetur (α) pro confesso, *L. 4. §. f. l 5. in integr. rest. l. 4. l 29. ff. J. fisci,* & pro convicto, *l. f. de prævar.* indeque judex statim procedit ad condemnationem. *Mynf. 6. O. 22.* Fitque infamis, *d. l. 4. §. f. integr. restit.* Vid. *q. 12.* Actor vero (β) habetur pro prævaricatore, *l. 1. §. 1. l. 3. § 1. Prævar.* incidit in SC. Turpilianum, quod actorem desistere ab accusatione non petita abolitione prohibet. *l. 1. §. 7. Sc. Turpil.* Et (γ) in crimen concussionis, *l. 2. concuss.* quia actor pecuniam minis extorsisse videtur.

Laut. p. 55. verb. *incidit actor in crimen falsi.*

OBJ. *L. 18. C. h.* ibi *transigere non licere citra falsi accusationem.* Quod Dd. ita explicant, transigere non licere quin incidat in falsi accusationem.

RESP. Sensus horum verborum est, quod de non capitalibus transigere non liceat citra falsi accusationem, i. e. excepto falso, de hoc enim transactio inita valet. vid. *quæst. seq.*

DISSENT.

DISSENT. *Struv. Ex. 6. th. 62.* & late Dd. allegati apud *Muller. ad. d.* §. *62.*

Hodie transfigens adeo non incidet in falſi crimen, ut & reliquas pœnas ceſſare putet *Struv. Ex. 6.* §. *62.* Add. *Carpz. p. 4. c. 19. def. 10.* præter infamiam. vid. tamen *quæſt. ſequent.* & *q. 12.*

Qv. XI. *An de falſo tranſigere liceat?*

AFFIRM. Quia falſum regulariter committitur in cauſis civilibus, atque in eas incidit: Si ergo de tota cauſa tranſigitur, ea falſum quoque continebitur: Idque confirmatur (1) ex *L. 7. C. falſ.* ibi: *facta transactione* (de falſo ſcil. inſtrumento) *difficile eſt, ut is qui provinciam regit, velut falſum cui ſemel acquievisti, tibi accuſare permittat.* (2) Ex *L. 42. C. h.* ibi: *niſi forte etiam de eo quod falſum dicitur, controverſia orta deciſa ſopiatur.* (3) Ex *L. 18. C. h.* ibi: *in aliis non capitalibus criminibus tranſigere non licere citra* (i. e. præter) *falſi accuſationem:* Adeoque de falſi accuſatione tranſigere licet: Nam in *quæſt. præced.* monitum jam eſt, explicationem Dd. quod ſcil. *tranſigere non liceat, quin incidat in falſi accuſationem.* nullo modo admittendam eſſe; idque (α) quia transactio de criminibus falſum dici nequit, cum in ea tota ratio falſi ceſſet. (β) Cur falſi tantum mentio fieret, & non aliarum pœnarum, in quas vere incideret & quas recenſuimus *quæſt. præced.* Sed potius (γ) vocem *citra* ibi exceptionem denotare, patet tum ex aliis textibus juris, ubi de falſo tranſigi poſſe itidem aſſeritur *d. 42. d. l. 7.* tum quia non inuſitatum eſt vocem *citra* in jure pro exceptione ſumi, ut in *L. f. de Calumn.* aliiſque textibus, quos late cumulat *Struv. in Evol. h. th. 52. add. l. 11. C. pign. act. ibique Goth.*

OBJ. *L. 2. C. His, quæ ut ind.* ubi non obſtante transactione agi de falſo poteſt.

RESP. Hoc non eſt, quia non potuit tranſigi, ſed quia illa quæſtio falſi mota aut cognita non fuit.

Atque hanc ſententiam probat *Cuj. L. 6. O. 11.* & bene quoque diſtinguit *Goth. ad L. 7. C. de falſ.* an ſciens de falſo inſtrumento transegerit, an neſciens; Illo caſu jure Romano quidem valere transactionem ait, ſed non moribus Galliæ, *Goth. ad d. l. 7. & l. 18. C. h.* Noſtris equidem moribus de omnibus non capitalibus adeoque & de falſo tranſigi poſſe ait *Struv. Ex. 6.* §. 62. *ibique Carpz. p. 3. q.* 148. *n.* 17. quod ante accuſationem inſtitutam demum permittit *Jud. Clar. Pract. Crim. L. 5. §. f. q.* 58. *num.* 2. & 3. *junct. n.* 16. 18. Conf. *Tr. h. ʃ. 5. lit. f. Brunn. W. h. qu. 30.* Sane pœna confeſſi vix excedit effectum infamiæ, vid. *q. ſeq.* Nec Turpiliani nunc uſus eſt. Verum quo minus judex accuſatorem prævaricationis & concuſſionis reum adhuc peragere poſſit,

possit, nihil obstare videtur, vid. *q.* 10. de infamia vide *q. seq.* Conf. *Mynf.* *c.* 2. *O.* 79. & *c.* 6. *O.* 22.

Qv. XII. *An transigens de delicto publico non capitali, vel civili famoso, fiat infamis?*

AFF. *l.* 4. §. *f. l.* 5. *ff. de restit. in integr.* nam habetur pro victo & condemnato, *L. f. ff. prævar.* ex judicio publico autem & privatis delictis condemnatus fit infamis. *L.* 7. *publ. jud. L.* 6. §. 1. *His qui not.* adeoque alia ratio est ac in delictis capitalibus, ubi metu pœnæ capitalis transegisse videtur, quia injuria judicis condemnari posset. *q.* 8. Nec (2) partes de fama transigere possunt, quippe quæ non est in eorum arbitrio: *L.* 27. *§.* 4. *Pact.* Atque hæc sententia (3) communis est. Vid. *Struv. Ex.* 6. *§.* 60. *Laut. p.* 62. *in med. Treutl. h.* §. 5. *l. d.* Et licet de praxi contrarium statuat *Autor p.* 63. tamen pro nostra sententia testatur *D. Stryk. U. M. h. §.* 19. Vix enim tolli moribus potest opinio honestorum hominum de eo, qui de crimine non capitali transigit. Conf. *Struv. dict.* §. 60.

Laut. p. 55. verb. *In delictis famosis infamia &c.*

AMPL. (1) Ita transigens fit infamis, etsi ante litem contestatam transigat, *Laut. Comp. fol.* 62. quia tamen confessio est, de quo *infr. l.* 3. *t.* 2. *q.*

AMPL. (2) Etsi protestetur reus se non conscientia delicti, sed ad redimendam vexam transegisse, quia non est in arbitrio partium & privatorum, protestando infamiam juris avertere: *Laut. p.* 63.

AMPL. (3) Licet postea contrarium probetur, quia res transacta habetur pro veritate, & est instar rei judicatæ, *l.* 20. *C. h.* post sententiam vero probatio non admittitur. vid. tamen *Laut. p.* 63.

OBJ. Quod nondum constet transigentem deliquisse, adeoque puniri non potest.

RESP. Qui transigit, fatetur. *l.* 5. *his qui not.*

EXC. (1) Si transigit jussu prætoris, nam tunc non potest dici proprio motu egisse, indeque fateri. *l.* 6. *§.* 3. *de his qui not. Struv. h.* §. 60. *Stryk. U. M.* §. 19. (2) Si præstito jurejurando se liberat. *d. l.* 6. §. 4. tum quia gratis remittitur, tum quia est species probationis. (3) Si gratis, adeoque pacto remittitur, *dict. l.* 6. §. 3. Vid. *q. seq.*

Qv. XIII. *An impune de delictis pacisci liceat?*

AFFIRMATUR: Idque non tantum de *publicis*, sed & de *privatis* delictis verum est: De *publicis* enim delictis, iisque *capitalibus* textus expressus

est in *l. 18. C. h.* ibi: *transigere vel* PACISCI *de crimine capitali excepto adulterio prohibitum non est:* de publicis non capitalibus id probatur ex eadem *lege 18.* ubi postquam Imperator de crimine capitali, transigere & pacisci posse dixerat, de non capitali *transigere non licere* statuit, neque hic addit, ut ante vocem *pacisci*, certissimo indicio *pactum* non item ac *transactionem* improbari.

Adeoque his casibus pœna confessi, SCti Turpiliani, & concussionis cessat, quia gratis fit.

De delictis *privatis* impune pacisci licet *d. l. 6. §. 3. Stryk. U. M. h. §. 19.* inhumanum enim esset, veniæ locum non esse ad preces alterius *d. l.*

OBST. *L. 1. his qui not.* ibi: *pactusve erit. L. 4. §. f. l. 5. eod.*

RESP. Pactum ibi sumitur pro pacto non gratuito, uti id explicatur in *l. 6. §. 3. His qui not.*

DISSENT. *Vinn. ad §. 2. Pœn. tem. lit. n. 5.*

QV. XIV. *An transactio prætextu instrumentorum postea repertorum retractari possit?*

Laut. pag. 55. verb. *aut prætextu instrumentorum.*

NEG. (1) per text. expr in *l. 19. C. h.* ibi: *sub prætextu instrumenti postea reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur. & l. 29. C. h.* (2) Atque hoc ita ex utilitate publica merito constitutum est, ad evitandas litium molestias, earumque dubium ac incertum eventum, quæ egregie exponit *Carpz. part. 1. const. 1. def. 9. 10. 11.* Hinc (3) transactionis eadem est autoritas, quæ rerum judicatarum, *l. 20. C. h. t.* res autem judicata habetur pro veritate, etsi nova postea reperiantur instrumenta; *l. 4. C. de re jud* quia post rem judicatam nihil amplius quæritur. *l. 56. Re jud.* atque hinc (4) nec juramentum (quod species est transactionis, *l. 2. ff. jurej*) ob instrumenta noviter reperta retractari potest, *l. 21. 22. ff. dol. mal. l. 1. C. R. Cred. l. 31. ff. Jurej.* Confirmatur id (5) ex J. Can. in *c. 1. X. h.* ubi post transactionem omnia instrumenta, & quicquid partibus opem ferre potest, vacuum & cassatum declaratur. Atque hæc (6) praxi obtinent; de qua testantur late Dd. apud *Dn. Ludwig. in Disp. pro jure retract. trans. C. 3. §. f. Carpz. p. 1. c. 15. def. 1. n. 5. ibique Dd. & Proc. t. 11. a. 7. n. 44.*

OBJ. (1) Summam iniquitatem videri, quod creditor remittere teneatur id quod liquide probare potest sibi deberi.

RESP. Tollit iniquitatem dubius ille & incertus litium eventus, molestiæ, quæ ex lite oriri possunt & solent, ac denique autoritas legis, quæ propter publicam utilitatem hoc ita constituit: Neque ita enim magis hoc iniquum esse

esse videtur, quam cum disponitur in *L. 4. C. Re jud. sub specie novorum instrumentorum res judicatas restaurari non debere*. vel cum per præscriptionem creditor, & per usucapionem dominus a jure suo excluditur. vid. *sup. p. 198.*

OBJ. (2) *L. 5. h.* ubi non videtur transactum, de quibus cogitatum non est.

RESP. Loquitur de pluribus litibus ex diversis caussis oriundis, tunc enim si de una transigatur, de reliquis non videntur partes cogitasse; atque huc pertinent quoque exempla *l. 9. l. 12. ff. de transact.* Cujus rei rationem vide in *Disp. B. Par. de claus. reb. sic stant. c. 2. §. 14.* Secus vero si una tantum lis sit; nam qui hanc remittit, de omnibus quoque instrumentis, quibus lis illa instrui potest cogitasse, saltem ex juris præsumtione, censetur. *d. l. 20. C. h. t. d. c. 1.*

OBJ. (3) Quod repertis novis instrumentis res plane sit certa, de qua non valet transactio. *sup. q. 6.*

RESP. Eo tempore ubi partes transegerunt, omnia bona fide acta supponimus: Calumnia ergo non fuit, sed jus dubium, de quo proinde transigi potuit.

OBJ. (4) Quod res in eum statum pervenerit, unde incipere non potest.

RESP. Fallit hæc regula (1) quando negotium semel perfectum est, etsi deinde accidentalia ejus mutentur; *B. Par.* in *Disp. de Claus. reb. sic. stant. c. 2. §. 10.* ubi late hoc explicat. (2) Quando cogitatum quoque est de futuris casibus, vid. *Obj. 2. Carpz. p. 2. c. 35. def. 23. n. 9.* (3) Quando semel utilitas ex illo negotio nata est, uti hic, ubi aliquid accepit, cum jus ejus dubium fuerit, *B. Par dict. Disp. c. 7. §. 4. Carpz. dict. def. 23. n. 10.*

EXC. (1) Si ex novo instrumento appareat, enormiter læsum esse transigentem, vid. *q 17.* tunc enim datur vel remedium *l. 2. C. Resc. vend.* vel aliquando actio de dolo, *dict. l. 5. l. 19. C. h.* Nisi de hac ipsa immodica læsione transactum sit. vid. *quæst. fin.* (2) Si instrumenta malo more obtenta, vel dolo ante subtracta sint. *l. 19. C. h. l. 5. C. dol. mal.* (3) Si in caussa publica, id est in caussa fisci vel civitatis, postea reperiantur instrumenta *l. 35. re jud. ibique Brunn.* ubi id extendit ad pupillos, ecclesias. (4) Si ex falsis instrumentis transactio inita est, contrarium vero ex novis postea repertis appareat. *l. p. C. h* Alias præterea exceptiones facit *Berl. p. 2. dec. 263.* quas vero non agnoscimus.

QV. XV. *An dans possit pœnitere & recedere a transactione si alter nondum implevit?*

Dissent. Laut. p. 56. verb. *a transactione recedere velit.*

AFFIRMATUR; (1) ex ratione naturali, quia si tu fidem non imples, & ego consentio, mutuo consensu a transactione receditur; Nihil autem tam naturale est quam iisdem modis aliquid dissolvi, quibus contractum est: (2) per textum expressum in *l. 14. C. transact.* ibi: *si diversa pars contra placitum agere nititur, æquitatis ratio suadet refusa pecunia, cum & tu hoc desideras, causam ex integro agi.* Idque (3) confirmatur ex *l. 6. C. pact. int. emt.* ubi is qui certa contemplatione, ut alter vicissim quid præstet, exiguo pretio rem in alium transfert, non secuta fide rem ipsam vindicare potest. Unde (4) tunc quoque si transactum a mea parte impletum est, tu autem implere nolis, condictio mihi datur causa data, causa non secuta *l. 3. pr. l. 4. l. 10. condict. Caus. dat. l. 9. pr. Præscr. verb.*

Neque OBSTAT *l. 39. C. transact.* ibi: *quamvis eum qui pactus est statim pœniteat, transactio tamen rescindi & lis instaurari non potest, & qui tibi suadet intra certum tempus licere a transactione recedere, falsum adseveravit.*

RESP. Agitur diserte de casu, ubi unus altero invito a transacto recedere & causam ab integro tractare vult, putans intra certum tempus pœnitere licere; Hoc omnino non licet, secus si alter in id consentiat.

OBST. *l. 14. C. de rescind. vend.* ibi: *ea conditione distractis prædiis; ut quod reipublicæ debebatur qui comparavit, restituerit venditor a se celebrata solutione, quanti interest, experiri potest; non ex eo quod emtor non satis conventione fecit contractus irritus constituitur.*

RESP. Ibi non de transactione quæritur, sed de emtione, ubi verum est pœnitentiæ locum non esse etsi alter non impleat: rationem vide *infra.*

QV. XVI. *Si transactum sit addita pœna, an violata transactione simul detur actio, & ad promissum præstandum & ad pœnam?*

Laut. p. 56. verb. *vel ad pœnam.*

RESP. Is qui ex transactione scripta ad implendum agit, non potest simul agere ut promissum præstetur & ut pœna solvatur, sed alternative, per textum expressum in *L. 40. C. h.* Add. *l. 23. §. 3. Cond. ind. L. 10. §. 1. ff. pact. l. 4. §. 7. Exc. dol. l. 17. C. h. l. 37. C. h.*

EXC. Si id in specie cautum sit, ut pœna solvatur rata manente transactione *l. 16. ff. l. 17. C. h.*

OBST. *L. 122. §. f. V. O.* ubi quis & stare transactioni tenetur, & præterea pœnam præstare.

RESP.

Resp. Caſus ibi plane non eſt, ubi quis agit ad implendam transactionem, ſed ubi transactione impleta & diviſione facta, aliquid contrarium transactioni petit, & in cauſa deficit, hoc enim caſu pœna committitur: Neque igitur hic & rem & pœnam petit.

Not. Qui ad pœnam agit, etiam agere poteſt ut violans id, quod transactionis cauſa accepit, reſtituat, quia ſublata transactione id ſine cauſa penes eum eſt. *d. l. 40. & L. 41. C. h.*

Qv. XVII. *An transactio infirmetur ob enormem læſionem ex* L. 2. de reſcind. vend.?

Resp. Si actor certam ſummam petiturus, v. g. 100. aureos, tranſigit in 6. vel 7. aureos, *non reſcinditur* transactio, quia ſciens remiſit, nec læſus ullo modo dici poteſt: *L. 78. §. f. SC. Treb.* ibi: *ſi non transactum eſſet:* Si vero poſtea inventis inſtrumentis apparet, deberi 250. (quod ante neſciverat) *poteſt reſcindi*, quia ignarus juris ſui remiſit, indeque ultra duplum læſus eſt: *dict. L. 78. §. f.* ibi: *ſecundum ea quæ proponerentur, poſſe.* Conf. *L. 5. C. dol. mal.* ibi: *ſane ſi læſa es immodice &c. in factum actio tibi tribuenda.*

Diſſent. Laut p. 56. verb. *Non etiam propter enormem.*

His terminis poſitis omnia, quæ late a Dd. objici ſolent; ſponte ſua ceſſant: Jam enim clare apparet ſenſus legis *78. §. f. SC. Treb.* ubi hoc ipſo caſu (ſcil. quando repertis inſtrumentis læſio enormis probatur,) dicitur, non poſſe repeti *ſi transactum eſſet:* Loquitur nimirum de caſu, quo quis tranſegit poſt inſtrumenta inventa de ipſa enormi læſione, adeoque ſciens; ubi proinde læſus non eſt: Nam de caſu in *pr. dict. §. f.* propoſito transactum non fuerat, ſed totum quod eſſe in hæreditate dicebatur, ſolutum erat: Neque potuit eo caſu transactio intelligi, quia hæres fiduciarius certam ſummam profitebatur, & alter fidem ejus ſequebatur: De re certa autem non valet transactio: Adeoque verba, *ſi non transactum eſſet*, tantum ad caſum finalem, quo poſt reperta inſtrumenta de ipſa læſione transactum eſt, referri poſſunt & debent. Aliter explicat *Struv. in Evol. ad ʃ. h.*

Obj. (2) Quod repertis poſtea inſtrumentis res non amplius ſit dubia, ſed certa, adeoque tunc amplius tranſigi nequeat.

Resp. Res dubia eſt, ubi lis ſaltem metuitur, *l. 65. ʃ. 1. ff. Cond. ind.* qui metus in *d. ʃ. fin.* ſine calumnia eſſe poterat, quia actor ſemel jam receperat fideicommiſſum, & liberaverat hæredem; Sed nec ſciri poterat, quæ exceptiones contra inſtrumenta moveri poſſent, & vel ſaltem injuria judicis aliter ſtatui, indeque litis eventus dubius eſſe potuit.

OBJ. (3) *l. 5. C. dol. mal.* ubi præter immodicam læsionem dolus requiritur.

RESP. Immodica læsio ibi dicitur, quæ non est rei minimæ, uti accipi solet in actione doli. *l. 9. §. 5. ff. de dol. mal.*

OBJ. (4) *l. 19. l. 23. C. h. l. 20. C. eod. junct. l. 56. re jud.* ubi dicitur, quod res transacta rescindi non possit.

RESP. Nisi justa causa sit, qualis est, si quis enormiter læsus est.

OBJ. (5) Quod juramentum contineat speciem transactionis, *l. 2. ff. de Jurej.* in jurejurando vero non obtinet *lex. 2. C. rescind. vend. l. 5. §. 2. Jurej.*

RESP. Jurisjurandum habet vim transactionis, non contra transactio vim Jusjurandi: Nam perjurium non est in transactione. Sed & falsum est jure civili jusjurandum non rescindi propter enormem læsionem. vid. *qu. ad Laut. p.* 345.

OBST. (6) Quod in emtione venditione saltem Lex 2. &c. locum habeat.

RESP. Contrarium demonstrati *Laut. p.* 346. Neque in praxi id disceptatur.

OBJ. (7) Quod transactio nec imperiali rescripto resuscitari debeat, *l. 16. C. h.* nec prætextu instrumentorum noviter repertorum. *l. 29. C. h.*

RESP. Hæ non sunt legitimæ causæ restitutionis in integrum, uti est enormis læsio.

OBJ. (8) Quod sententia sub prætextu læsionis non retractetur *l. 2. C. sent. rescind. non posse. l. 4. C. Re Jud. l. 56. ff. Eod.* Illa autem cum transactione comparatur. *l. 2. ff. Jurej.*

RESP. Regula illa vera est, ast excipitur casus enormis læsionis *d. l. 2.*

OBJ. (9) Quod transactio tendat ad liberationem, in actibus autem liberatoriis remedium *l. 2.* non obtinet. *l. 29. C. Transact.*

RESP. Hoc in *d. l. 29.* non dicitur; & falsum est, si per liberationem ultra duplum ignarus juris sui læsus sit.

OBJ. (10) Quod læsus non videatur, qui certum quid accipiendo incertum litis eventum omittit?

RESP. Loquitur de casu, ubi facta transactione apparet, transigentem vere ultra duplum ejus, quod ante transactionem in lite erat, læsum esse.

OBJ.

OBJ. (11) Quod certa læſio ultra duplum non videatur dari, quia transactio non eſt niſi de re dubia, res autem dubia certam æſtimationem non habet. *L.* 14. *L.* 17. *C. de Uſur.*

RESP. Transactio quidem initur de jure dubio, ſed res petita tamen poteſt eſſe certa. Si quis ergo ab initio 10. petierit, deque illis tranſegerit, poſtea autem appareat 30. adeoque ultra duplum quam ante petitum fuit, debita eſſe, hoc ſane caſu æſtimatio læſionis non erit dubia, ſed certa.

Varie DISSENTIUNT Dd. ALII enim reſcindi transactionem ex dict. L. 2. non poſſe, defendunt. *Weſenb. ad ff. h. n. 2. Vinn. de Transact. C. ult. n.* 11. *Tuld. C. de reſc. vend. n.* 6. Idque in praxi receptum inquit *Gail.* 2. *O.* 70. *n.* 11. *Mev. p.* 4. *dec.* 36. *n.* 3. *Seiler in ſent. Cam. ad an.* 1583. *Menſ. Jan. & Sept. Gilm. Tom.* 1. *part.* 3. *vol.* 16. *Laut. h. t. in f. & p.* 347. *Treutl. h. §.* 6. *l. c. Mev p.* 5. *dec.* 284. *Cothm. v.* 1. *conſ.* 28. *n.* 242. *Franzk. l.* 3. *reſ.* 3. *n.* 101. *Mantic. de Tac. Conv. l. 26. tit. 9.*

ALII contra reſcindi poſſe dicunt. *Scot. D.* 17. *th.* 25. Eamque eſſe communem ſententiam; & in Viadrina, *Kopp. dec.* 58. *n.* 5. pariter in Galliæ aliisque curiis receptam. *Pinel. ad l. 2. Reſc. vend. p. 1. c. 4. n. 15.* Priori ſententiæ obeſt, quod læſio enormis, ſive ultra duplum, æque ſit juſta cauſa reſtitutionis ex clauſula generali, *l. 1. §. f. ff. ex quib. cauſ.* ac dolus, metus, ætas &c. cum pro tali quoque cauſa habeatur in *d. l. 2.* *Poſteriori*, quod tranſigens ultra & ſciens renunciet liti, ſciens autem non læditur.

ALII diſtinguunt in læſionem enormem & enormiſſimam, hanc reſcindi poſſe ajunt, non illam. *Carpz. dict. def. 1. n. 7. Gram. dec. 66. n. 47. Gail. d. O. 70. n. 15.*

ALII in transactionem judicialem & extrajudicialem; atque hanc reſcindi poſſe. *Carpz. d. l. def. 4.*

ALII deciſione imperatoria opus eſſe ajunt. *Carpz. d. def. 1. n. 9. Fach.* 2. *q.* 26. *Heig.* 2. *q.* 9. Denique jus Saxonicum tum reſcindit, ſi actor probet id quod ſibi debitum fuit, excedere duplum ejus quod accepit: (Quod ideo tolerari de jure communi non poſſe videtur, quia ſciens quoque totum remittere poteſt.) *Conſt. Elect. p. 2. c. 34. ibique Carpz. d. 1. Richt. Dec. 99. n. 94. ſeq.*

LIB. III. TIT. I.

DE POSTULANDO.

Qv. I. *An tantum illi, qui pro aliis postulant, advocati dicantur? Et quomodo hi differant a procuratoribus?*

Laut. pag. 58. verb. *Qui pro aliis &c.*

RESP. Non illi tantum, qui pro aliis postulant, advocati sunt, quia etiam in propria causa postulare aliquis potest, *l.* 1. §. 1. *&* 5. *h.* Uti nec omnes, qui pro aliis postulant, advocati dici possunt, quia amici quoque desiderium aliquis exponere potest. *l.* 1. §. 1. *h.* Advocatus ergo definitur, qui jure officii, adeoque publica autoritate, causam in judicio defendit. *l.* 6. *pr. C. Advoc. div. judicior.*

Differt a procuratore, qui non justitiam causæ defendit, sed saltem processum instituit atque dirigit. §. 1. *Inst. de iis, per quos, Hyp. Inst. Eod.* §. 2. *Mev. p.* 6. *d.* 197. *n.* 1. 2. litisque dominus fit, *l.* 22. *C. proc.* Unde porro sequitur, advocatum non facere causam suam, nec fieri dominum litis, secus ac in procuratore. *dict. l.* 22. *Mev. p.* 6. *dec.* 197. atque ex hac ratione in criminalibus causis advocatus intervenire potest, non procurator. *Carpz. Crim. p.* 3. *q.* 115. *n.* 88. *sq.* Sed & Advocatus cogi potest ad officium, non procurator. *l.* 8. *pœn. Gail. l.* 1. *O.* 43. *n.* 2. *&c.* Advocati negligentia non nocet domino, secus ac in procuratore. *Mev. p.* 3. *d.* 29. *Mart. Tit.* 20. §. 4. *num.* 71.

Qv. II. *An quis in ea causa, in qua ipse judex est, postulare possit? Et an in secunda instantia?*

Laut. pag. 58. verb. *judices.*

RESP. Durante eodem judicio, in illa causa postulare nequit, *l.* 6. *pr. C. h.* ibi: *Non in eodem negotio sit advocatus*, *l.* 14. *C. de Assess.* ibi: *in uno eodemque tempore.* Nam non tantum suspectus videtur, *l.* 17. *ff. de Jurisd.* Sed & alius esse debet, qui defendit causam, alius coram quo defenditur. *dict. l.* 6. Quid, quod ad utrumque festinans neutrum bene peragere posse videatur. *d. l.* 14. Conf. *l. p. Off. Ass. Brunn. ad l.* 6. *C. h.*

Sed in alio judicio, ubi ipse judex non est, postulare non prohibetur. *dict. L. p. dict. L.* 14. *pr.* Adeoque in secunda instantia admittitur: Etsi enim eadem causa sit, non tamen idem est judicium. *L. p. jud. solv. Brunn. ad l.* 5. *C. h. num.* 5. *def. i.* Neque

OBST.

OBST. Quod executio tamen ad judicem primæ instantiæ remitti soleat.

RESP. Tunc desinit esse advocatus, neque executionem ex sua sententia peragit, sed ex sententia superioris & secundum leges; si vero gravatur pars, potest appellare.

Qv. III. *An subditi possint postulare contra magistratum?*

AFF. In causa privata, quia ejus intuitu non est magistratus: Et de eo loquitur *Carpz. 1. c. 1. d. 21.* indeque subditi eo casu nec civitatem amittunt, nec pœnam incurrunt. *Carpz. ib. Berl. p. 1. concl. 9. n. 42. Mev. p. 1. dec. 155. &c.* Idem de vasallo dicitur apud *Mull. ad Struv.* §. 14. *h. p. 362.* Secus est, si subditus in causa publica ipsius civitatis contra magistratum postulet: Hinc decutiones contra patriam suam causas agere prohibentur. *L. 10. ff. 1. postul.*

Laut. p. 58. verb. contra Magistratum.

Qv. IV. *An donatarii contra donantem postulare possint?*

AFFIRM. quia jus aliorum tueri ipso jure naturæ licitum est; Neque ullibi donatarii prohibentur, sed communiter a Dd. admittuntur. *Laut. h.* ibique *Perez. C. h. n. f. Treutl. h. ff. 2. lit. f.*

Laut. p. 58. verb. Donatarii.

OBJ. (1) *Arg. c. f. x. de postul.*

RESP. Clerici ibi prohibentur pro extraneis contra ecclesiam suam postulare specialibus rationibus.

OBJ. (2) *arg. l. f. C. Revoc. don.* ubi propter ingratitudinem revocari potest donatio.

RESP. Non est ingratus, qui justitiam causæ alienæ defendit contra injustum donatorem.

Qv. V. *An Advocatus dolum adversarii dolo elidere possit?*

RESP. Dolo malo non potest, quia nemini alterius dolus delinquendi licentiam præstat; & jus legitimos tramites constituit, quibus id, quod nostrum est, persequi possumus. Atque ita sentiunt Dd. Comm. *Christ. dec. Belg. V. 2. Dec. 99. n. 11. seq.* item *dec. 100. n. 2. seq. Covar. var. resol. 1. resol. 2.* Ast dolo bono potest. vid. *Obj. 2. Christ. V. 2. dec. 130. n. 4. seq. Covar. d. l. Rosb. proc. civ. tit. 18. n. 17.*

Laut. p. 59. verb. abstineant a fallaciis.

OBJ. (1) *L. 36. ff. de dol. mal. L. 10. §. 2. Compens.* ubi dolus cum dolo compensatur.

Resp. Loquitur non de dolo ab actore committendo, sed commisso: hic enim omnino compensari potest, quia de sola pœna pecuniaria agitur.

Obj. (2) *L. 77. §. 31. Leg. 2.*

Resp. Casus ibi est, ubi frater meus, ut hæreditate, quam a T. accepi, me privet, hæredem me instituit, additis precibus, ut & ejus hæreditatem, & eam quam a T. accepi, Cajo restituerem: Hoc casu si omitto testamentum, nihil dolo facio: In eo enim edicto is solus dolo facit, qui eo animo omittit, ut legata &c. pereant. *l. 8. Si quis om.* Ego vero omitto ut jus meum conservem, quod aliter salvum non est.

Qv. VI. *An ille qui cognitis unius partis fundamentis, ad alteram transit, incidat in crimen falsi?*

Laut. pag. 59. verb. incidit quodammodo &c.

Neg. Neque enim ullibi hoc dicitur, neque etiam natura aut ratio falsi hic adest; quippe quod tunc demum committitur, quando facto ipso aliquid mutatur in præjudicium veritatis. *Nov. 73. pr.* vid. *Disp. nostra de Regal. poss. jur. c. 2. §. 10.*

Obj. *L. 38. §. 9. de pœn.* Ubi ille, qui deposita apud se instrumenta alii prodidit, in metalla damnatur, & falsum committere dicitur. Add. *L. 1. §. 6. L. Corn. de fals.*

Resp. Non agi ibi de advocato, sed depositario, qui instrumenta non reddidit, sed alii prodidit, adeoque fidem custodiæ violavit; indeque falsum committit.

Rectius ergo prævaricationis crimen quodammodo committi dicimus, *Laut. h. Struv. §. 10. h. ibique Mull. L. 3. §. 2. Prævar.* (de cujus pœna vid. *L. 4. eod. O. C. art. 151.*)

Dissent *Laut. h. Brunn. ad L. 1. C. Advoc. 1. Berl. p. 1. concl. 9. n. 16.* qui falsum quoque committi dicunt.

Qv. VII. *Qualem culpam præstet advocatus?*

Laut. pag. 59. verb. Diligenter.

Resp. Levissimam, quia profitetur artem ac peritiam: *arg. L. 21. C. Mand. l. 13. C. eod. L. 9. §. p. locat. l. 3. §. 1. Naut. caup. l. 8. §. 1. l. Aquil.*

Dissent. *Struv. h. th. 9. ibique Evol.* per *l. 14. §. 1. C. de judic.* ibi: *omni quidem virtute sua, omnique ope &c.* diligentia vero simpliciter posita intelligitur media: Sed

Resp. Exc. est, si ex natura negotii alius gradus diligentiæ definitus est, hinc ergo, cum in negotiis, quibus quis peritiam profitetur, omnis & exactis-

exactiſſima diligentia requiratur, *d. l. 8.* in illis diligentia ſimpliciter poſita regulariter intelligetur exactiſſima. Conf. *Collat. B. Par. ad D. Struv.*

QV. VIII. *An advocatus ſibi præter ſalarium aliquod palmarium in cauſam victoriæ paciſci poſſit?*

NEG. (1) per *L. 7. Mand.* ibi: *laborem dominus remunerare voluerit.* (2) Generaliter in *l. 6. §. 2. C. h.* diſponitur, nullum contractum & nullam pactionem inter advocatum & clientem valere debere. Accedit (3) ratio, quod extortum tale pactum præſumatur, & a cliente metu atque neceſſitate initum; & procurator non tam viciſſe, quam majoris pecuniæ præmio eventum litis redemiſſe dicitur, *d. l. 7.* Atque hæc eſt ſententia *Dn. Brunn. ad L. 5. C. h. Hillig. ad Don. Struv. Evol. ad th. 11. Barboſ. ad l. 5. C. poſtul. n. 8. Trentacinq. L. 2. reſ. 1. n. 4. Græveus 1. concl. 44. n. 9. Vivius L. 1. dec. 123. n. 5.*

DISSENT. *Gail. 2. Obſ. 94. Carpz. L. 3. Reſp. 1. n. 14. & 16. Berlich. p. 1. concl. 9. n. 76. & 77.* & infiniti alii apud *Mull. ad Struv. h. §. 11. p. 349. &c.* (1) Quia in jure tantum prohibitum eſt de quota litis & de parte rei litigioſæ paciſci, non vero de palmario, *L. 15. C. procur.*

RESP. Imo omnia pacta prohibentur, *d. l. 6.* nam & diximus rationem generalem eſſe; ut proinde male *d. l. 6.* reſtringatur ad pacta de quota litis.

INST. (2) *d. l. 7.* agere de majori pecunia, non de modico palmario.

RESP. Imo ratio decidendi ex eo ſumitur, an dominus pro labore, an pro eventu litis dederit; & illo caſu valere pactum, non hoc deciditur: Sed & clare de omni pacto id conſtitutum eſt in *d. l. 6.*

QV. IX. *An promiſſum annuum ſalarium integrum debeatur advocato, ſi ante annum moriatur?*

AFF. Per text. expr. in *l 4. ff. off. aſſeſſ. l. 29. in fin. Locat.* nedum ſi jam præſtitum ſit: Vid. *Goth. ad d. l. 4.* per *L. 1. §. 13. Extr. cogn.* & additur ratio in *d. l. 1.* quia per ipſum non ſtetit, quo minus cauſam ageret. Idque ita praxi obtinet, *Carpz. 3. Reſp. 3. & p. 1. c. 1. d. 34. n. 4. Struv. Ex. 7. ſ. 11. Mull. ibid. p. 338. ibique Dd.* Secus ac in Belgio, *Chriſt. V. 5. § 118 n. 14. ſeq.*

Laut. p. 59. verb. *tum integrum debetur.*

EXC. (1) niſi ſub conditione operarum promiſſum ſit ſalarium. *Carpz. dict. d. 34. n. 6. Gail. 1. O. 44. n. 12.* (2) ſi in caſum victoriæ certum ſalarium promittatur, nam hoc hæredes defuncti advocati integrum petere nequeunt, quia illud promittitur in caſum victoriæ, quam non obtinuit, hæredes ergo non niſi ordinarium ſalarium pro rata temporis exigere poſſunt. *Carpz. l. 3. Reſp. 1. n. 26. & 27.* & late *Dd. a Laut. p. 60. pr.* citati.

LIB III. TIT. II.

DE HIS QUI NOT. INFAM.

Qv. I. *An recte infamia dicatur oriri ex turpi facto?*

Laut. p. 60. verb. turpi facto.

RESP. Rectius dicitur oriri ex opinione hominum de illo facto. Nam potest contingere aliquem esse infamem, licet turpe factum non adsit, ut si innocens condemnetur: Eodem modo factum turpe esse potest citra infamiam, uti si illud ignoretur; Priori enim casu male de nobis existimant homines, non posteriori. Hinc etiam est, quod fama dicatur æstimatio seu existimatio *L. 5. §. 1. seq. ff extraord. Cogn.* item opinio, *l. 6. §. 1 C. de postul. l. 3 C. eod* Quæ ex principiis juris Gentium egregie demonstrat *B. Par. in Disp. de pot. stat. circa dig, c. 1. §. 1. seq.* inprimis §. 7.

Qv. II. *An infamia quoque oriatur ex lata culpa?*

Laut. pag. 61. verb. Non etiam.

RESP. Quoties actio sua natura famosa est, condemnati ex lata culpa æque ac ex dolo fiunt infames. (1) Quia in his causis non dolus, sed ipsa condemnatio infamiam infert, & ita absolute edictum ait in *l. 1. h. qui pro Socio, tutela, mandati &c. damnatus erit.* it. in §. 2. *Pœn. tem. litig.* probatur id porro (2) ex *Cic. pro Rosc. 2. c. 111. 112. 113.* qui ait, *majores nostros in eum, qui rem negligentius gessit, turpe judicium constituisse.* Regerit *Struv. Ciceronem oratorio more ad exaggerandum causam suam proposuisse:* Sed RESP. *B. Par. Coll. ad Struv. 13. q. 3.* non esse morem oratorum falsa proponere, nec eum asserere potuisse a majoribus certo jure constituum fuisse, si id falsum fuisset (3) Ex regula generali, quod lata culpa sub dolo contineatur. *L. 226. V. S.* quæ in omnibus negotiis obtinet, donec in infamia probetur exceptio. *d. Coll. 13. §. 1. seq.* Falsum autem esse, regulam illam ad solos contractus restringi, solide probatur *dict. Coll. 13. §. 3. Arg. l. 8. §. 3. precar. L. 29. pr. Mand. L. 1. §. 1. si mens. fals. mod.* (4) Confirmatur sententia nostra per *L. 6. §. ult. h* ubi qui perfidiam committit, fit infamis, at qui latam culpam committit, perfidus est. *L. 32. depos.* Instat *Struv. Perfidiam in d. l. significare dolum proprie sic dictum:* sed gratis hæc dici probatur *dict. Coll. 13. q. 3. §. 16.* (5) Veritas hujus sententiæ porro apparet ex *L. 21. C. Mand.* ubi existimatio propter culpam periclitari dicitur: INST. *Struv.* Duo ibi proponi: (1) *In mandato esse existimationis periculum,* (2) *in re aliena nihil neglectum culpa vacuum esse: & prius tantum intelligendum esse de dolo.* Sed manifeste hoc refutatur ex *d. l. 21.* Ubi existi-

existimationis periculum imminet propter culpam. Primo enim dicitur *in re mandata existimationis periculum esse*, deinde additur ratio, *quia nihil in re aliena neglectum culpa vacuum est*. Ergo periculi existimationis causa & ratio hic est sola culpa, doli autem nulla plane in *d. l.* fit mentio. *B. par. dict. coll. 13. q. 3. §. 17. &c.* (6) Denique opinio hæc confirmatur ex *L. 11. §. p. h.* ubi ignorantia juris reddit infamem; ignorantia autem juris tantum est culpa, nunquam dolus. *L. 25. § 2. pet. her.*

OBJ. Quod in dubio molliendæ potius sint pœnæ. *L. 42. pæn.*

RESP. Imo potius in dubio insistendum est regulæ & textui, donec probetur exceptio.

OBST. *L. 7. §. 1. Susp. tut.* ubi tutor removetur ob latam culpam, neque tamen fit infamis. *§. 6. Inst. eod.*

RESP. In tutoribus hoc singulare est, quia non ultro, sed inviti tutelam suscipiunt. *L. 7. §. 7. Susp. tut.*

Nostram sententiam defendunt *Perez. h. n. 5. Zœs. sing. Resp. 1. c. 2. n. 36. seq. Don. 18. cap. 8. Coras. misc. 4. c. 2. n. 8.* *Moribus* vero condemnatum ex lata culpa non fieri infamem, ajunt *Brunn. ad W. h. q. 8. Vinn. ad §. 2. pæn. tem. litig.* vid. *Phil. 4. Ecl. 76. n. 9. ibique Dd. Hillig. ad Don. d. l. lit. L.*

QV. III. *An hodie observetur dispositio juris Canonici, qua uxori statim post mortem mariti ad secunda vota transire licet?*

NEG. Nisi certo constet eam gravidam non esse; Idque apparet (1) ex testimonio tot JCtorum, qui pro jure civili pronunciant: *Brunn. W. h. q. 27 & ad L. 2 C. secund. nupt. & ad L. 11. n. 3. & 4. ff. h. Carpz. Jurispr. Cons. L. 2. def. 159. n. 10. Stryk U. M. h. §. 9. Gerhard. de Conj. 199.* Quanquam in terris Juris Canonici, ut in Austria &c. contrarium obtinere, negari nequeat *Hæn. Disp. ad Inst. 2. th. 5.* (2) Sane non potuere canones vel mores contra rationem naturalem aliud permittere. *arg. c. f. x. de consuet.* Ast (3) pugnare cum ratione naturali videntur ejusmodi nuptiæ, si aut certum, aut saltem dubium est, num fœmina sit prægnans; facile enim confusio seminum, ac turbatio sanguinis inde oriri potest; unde vel impediri, exemplo meretricum, conceptio, vel oriri superfœtatio, partusve alienus familiæ obtrudi, &c. posset; quæ omnia sane & rationi & æquitati naturali repugnant.

Laut. pag. 61. verb. Quod hodie observatur.

OBJ. *arg. 1. Cor. 7. & Rom. 7.* Ubi Apostolus uxorem mortuo marito liberam pronunciat, ita ut unicuilibet nubere possit.

RESP. (1) Omnino hactenus libera est, ut adulterium non committat, fidemque datam marito non violet, sed ex alio capite eam prohiberi diximus.

 (2) Sup-

(2) Supponit Apostolus casum habilem, ubi apparet eam gravidam non esse, quo casu etiam jure civili ad secunda vota progredi potest. *L. 11. §. 2. h.* vid. *Bach. ad Tr. h. §. 5. lit. B.*

Nec parum interest: non tantum ratione infamiæ, sed etiam ratione partus, de quo nescitur, ad priorem an ad posteriorem maritum pertinere debeat. *sup. L. 1. tit. 6. q. 5.* Unde non puto hodie legatum vel hæreditatem tali uxori relictam deberi, etsi contrarium præjudicium afferre videatur *Treu. l. h. §. 5. lit. h.* Quod vero intelligo de casu, ubi constat eam gravidam non esse.

Qv. IV. *An ipsa pæna aliquem infamet an vero causa?*

Laut. pag. 62. verb. Ignominiæ causa &c.

RESP. Causa: *l. 22. h. t.* Quoties ergo causa non est famosa, toties quoque pœna infamiam non irrogat: Hinc ergo (1) missus e militia propter delictum, & causam non famosam, non fit infamis, nisi id addatur, *l. 2. susp. tut.* Secus si delictum sit famosum, adeoque causa per se sit famosa, tunc enim ipso jure fit infamis, etsi id non addatur. *l. 13. §. 3. re milit.* (2) Ictus fustium non infamare dicitur *d. l. 22.* Secus vero si causa, propter quam ictus fustium infligitur, famosa sit. *l. 12. ff. decur. l. 28. §. 1. pæn.* (3) Stellionatus judicium non esse famosum, dicitur in *l. 2. ff. stellion.* nisi ex causa famosa intentetur, uti si quis mandatarium, socium, &c. dolo agentem, ex stellionatu conveniat, ille condemnatus, ex causa quippe famosa, fit infamis, *l. 13. in f. h.* Non vero si quis conveniatur propter dolum in emtione, locatione, &c. commissum. *d. l. 2.* (4) Relegatio per se infamiam non infert, *l. 2. pr. l. 5. in fin. de decur.* nisi fiat ex causa famosa, *d. l. 2. d. l. 5. l. 28. §. 1. pæn.* (5) Ita remotio tutorem non facit famosum, *§. 6. Inst. susp. tut.* sed causa, si scil. dolum admiserit. *d. §. 6.*

Hodie non causam, sed pœnam infamare dicunt Dd. apud *Dn. Stryk. U. M. h.* §. 13. (vid. *Vinn. ad §. 2. Pœn. tem. litig.*) Qui merito id rejicit; Nam insons quoque aliquis pœnam pati posset. Interim ex his apparet, quam facile inextricabiles aliis controversiæ posito vero principio decidi possint.

Qv. V. *An in mandato infamia & perfidia contrahatur tantum ob dolum, an vero ob levissimam quoque culpam?*

Laut. pag. 62. verb. Expresse ob dolum &c.

Hæc quæstio nervose a *B. Parente* explicata est in *Collat. contr. Struv.* 13. §. 18. ubi posterius de jure Civili affirmat. Rationes hæ sunt: (1) Quia in negotiis hujusmodi, quæ alius pro alio gerit, utrinque tacite saltem fides fit, quam alter suscipit, alter sequitur, per *l. 6. §. 5. His qui not.* ubi *adversarius dicitur sequi fidem alterius, sive quam alter suscepit.* Quacunque ergo culpa fidem hanc susceptam alter non præstat, perfidia est, quia verum est fidem susceptam

non

non fuiſſe præſtitam: quod itidem patet ex *d. l. 6. §. 5.* verb. *is qui fidem non præſtat.* (2) Ex *l. 1. eod.* ubi non video, quo jure his verbis edicti ſine ulla autoritate addatur vox *dolo*, quæ nec in edicto, nec in ejus explicatione habetur: nam & *d. l. 6. ſ. 6.* abſolute dicitur, *Mandati ſi te condemnavero, famoſum facio.* Imo in *l. 7. eod.* ipſæ hæ actiones dicuntur famoſæ: non ergo dolus tantum in actione. (3) Ex *d. l. 21. C. mand.* ubi: *exiſtimatio propter culpam ſimpliciter periclitari dicitur, nec alibi ulla ſpecies culpæ excipitur.* (4) Ex *leg. 11. ſ. ult. His qui not.* ubi ignorantia juris notatur, quam tamen ne quidem latam culpam eſſe, oſtenſum *Coll. XI. ſ.* 11. (5) Apertiſſime *Cicero pro S. Roſc.* ait: *Qui rem geſſerit* NEGLIGENTIUS, *eum majores ſummum* DEDECUS *admiſiſſe exiſtimabant: itaque mandati conſtitutum eſt judicium non minus* TURPE, *quam furti.* Et mox: *Ergo idcirco* TURPIS *hæc* CULPA *eſt, quod duas res ſanctiſſimas* VIOLAT, *amicitiam &* FIDEM. Et deinde: *In minoribus rebus* NEGLIGENTIA *in judicis* INFAMIAM *revocatur.* Et alia ſimilia addit, quibus utique nihil clarius. Conf. *ſup. q. 2.*

Unicum contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in *l. 6. §. ult. His qui not. inf.* Verum ea nihil adverſatur, ſed magis probat. Dictum enim eſt *coll. 13. §. 17* perfidiam eſſe ejus, qui fidem ſuſcepit, ſi quacunque culpa non implet, quod ſuſcepit. Mandans autem, v. g. qui contrariam actionem habet, non ſuſcipit fidem, adeoque nec fidem, quam nullam ſuſcepit, frangere poteſt, ſed ſequitur fidem alterius. *d. l. 6. §. 6.* Et hinc, ſi forte aliquo caſu ſuſcepit, ipſe quoque fit perfidus. *d. l. 6. §. 6. Hucusque Dominus Parens.*

Obj. Porro §. *6. ſuſp. tut.* ubi remotus a tutela ob culpam latam, adeoque ob perfidiam, non fit infamis.

Resp. Singulare ibi eſſe dixi ſupra, *q. 2.* quia non ultro, ſed ex neceſſitate muneris tutelam ſuſcipit.

In praxi tantum condemnatum ob dolum fieri infamem dixi ſupra *q. 2.* Atque hoc caſu fit infamis ipſo jure, etſi nihil in ſententia addatur: nam quia perfidia illa per ſententiam publice declaratur, non opus amplius videtur alia ſententia declaratoria.

Qu. VI. *An infames de jure civili fidem faciant?*

Neg. Nam nec ullo modo probant, nec audiendi ſunt teſtes, niſi ſint integræ fidei, famæ, & inculpatæ vitæ, *l. 2. l. 3. pr. §. 1. & ſeq. de teſtib.* Quin expreſſe removentur propter notam & infamiam vitæ ſuæ; *l. 3. §. pen. de teſt. l. 21. §.* 3. *eod.* & ſenator propter turpitudinem motus teſtimonium dicere nequit. *L. 2. Senat.*

Laut. pag. 62. verb. *Eorum teſtimonia.*

Obj.

OBJ. quod in *L. 3. §. p. & L. 21. de testib.* quidam saltem infames testimonium dicere prohibeantur: Aliud ergo in aliis non recensitis dicendum videtur.

RESP. Imo tantum exempla quædam infamium recensentur; reliqui enim sub generali illa regula continentur, quod ad testimonium non admittantur, nisi qui sunt integræ famæ.

NOT. Etsi vero hæ personæ non probent, tamen indicium aliquod faciunt, non tantum jure civili, sed etiam Jure Canonico, quia & infames id faciunt.

QU. VII. *An finita pœna temporaria finiatur infamia, & restitutus recipiat officium?*

Laut. pag. 63. verb. *certi temporis lapsu.*

RESP. *Infamia juris* ipso edicto irrogata, durat etiam finita pœna; nam cum ipso jure infligatur, judex autoritatem juris intervertere non potest. *l. 15. princ. ad Mun. l. 5. princ. decur.*

EXC. Si pœna & corporalis & gravior sit, nam tunc transactum ita videtur, ut loco ejus quod excedit, infamia finiatur, *d. l. 15. l. 5. pr. decur. L. 13. §. p. h.* Si vero pœna major quidem, sed pecuniaria; vel corporalis, ast levior sit ac delictum meretur, durat infamia etiam finita pœna; priori enim casu non potest pro pecunia transactum videri de fama, quippe quæ est res inæstimabilis; *d. l. 13. §. pen.* posteriori casu in potestate judicis non est gratiam facere. *d. l. 15.*

At *infamia a judice & per sententiam irrogata* finitur finita pœna, *L. 3. §. 1. decur.* ibi: *Neque enim exaggeranda fuit sententia quæ modum interdictioni fecit:* Hinc advocati, quibus postulare in quinquennium interdictum erat, postea admittuntur: *L. 8. ff. postul.* ubi additur ratio, ne *pœna tempore determinata contra sententiæ fidem ulterius determinetur.* Idque verum est, etsi pœna delicto levior sit, *L. 3. §. 1. Decur.*

OBJ. *L. 8. ff. Postul.* ubi non distinguitur, ex quo crimine pœna sit irrogata, sed semper finita pœna restitui famam asseritur, adeoque etsi crimen sit lege famosum: Idem traditur in *L. 3. pr. Decur.*

RESP. Textus loquuntur expresse de infamia, quæ per sententiam infertur, nam in hac demum specie dici potest, quod *ultra modum sententiæ pœna exaggerari nequeat: d. l. 8. d. l. 3.*

Hinc *officio motus* ad tempus, hoc lapso sine nova electione priorem recipit locum, nam is tenor est sententiæ *l. 1. C. his qui in ex. L. 3. C. h. L. 3. §. 1. decur. arg. l. 5. §. 1. Extraord. Cogn.* etsi pœna levior sit delicto. *d. l. 3.*

§. 1.

§. 1. Quod secus est in *relegato* ad tempus; hic enim reversus recipit quidem officium, *L. 26. his qui in exil. L. 3. pr. L. 2. pr. Decur.* sed (1) non nisi ultimum locum occupat, & quasi ex nova electione in ordinem venit. *dict. l. 2. pr. & §. 1. Decur.* Quin (2) si leviorem delicto pœnam passus est, plane officium non recipit. *d. l. 3. pr.*

In praxi nihil mutatum apparet: Nam infamia illa juris hodieque obtinet; adeo ut nec judex famam in sententia reservare condemnato possit, excepta injuriarum materia, ubi id receptum est. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 14.* Equidem id mutatum hodie esse ait *Grœnw. ad L. 13. §. p. h.* quod irrogata graviori pœna cesset infamia, quia non dari graviorem pœnam putat, cum pœnæ ex solo arbitrio judicis pendeant. Sed rejicitur ab *Ill. Dn. Stryk. d. l. §. 12.* Nam hodieque pœnæ, inprimis in criminalibus publicis, certæ, & lege definitæ sunt, si proinde duriorem quis passus sit, merito gaudebit beneficio. *dict. l. 13.*

Qv. VIII. *An hodieque transigens de delictis civilibus fiat infamis?*

AFFIRM. Nam dispositio *L. 6. §. 3. L. 4. §. f. h.* nullibi mutata apparet. Quin præjudicia exstant apud *Gail. 2. O. 102. n. 15.* ubi transactiones in causa injuriarum ideo a Camera non confirmatæ fuerunt. Conf. *Mev. p. 1. dec. 223. n. 10.*

Laut. pag. 63. verb. Praxis hoc etiam.

Exc. (1) Si ante sententiam delicti æstimationem persolvat. *Gail. 2. O. 102. n. 12. & Obs. 103. per tot.* (2) Si autoritate magistratus transfigitur. *L. 6. §. 3. Gail. d. O. 102. n. 13.* (3) Si pacto nudo i. e. gratis fiat remissio. *Gail. d. O. 102. n. 17.* Non vero (4) si in sententia reservetur honor, *L. 15. pr. ad Mun.* quanquam in actionibus injuriarum id fieri soleat. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 14.*

Qv. IX. *Quidnam sit infamia facti?*

RESP. Quæ oritur ex mala cordatorum hominum de nobis existimatione atque opinione. *L. 2. pr. ff. de Obseq. patr.* Egregie eam describit *B. Par. in Disp. de Jur. Stat. circa dign. c. 1. §. 8.* his verbis.

Laut. pag. 63. verb. Facti infamia.

Ubi tamen nec quorumlibet hominum, sed cordatorum; nec horum quodlibet judicium, sed sanum intelligitur: uti arbitrium boni viri dicitur, non quod vir, etsi bonus, arbitratur, sed quod arbitrari eum decet; *L. 41. §. 4. in fin. ff. de Fideic. lib.* adeoque quod, ut scholæ loquuntur, in abstracto justum honestumque est. *l. 30. princ. ff. de oper. libert.* More Stoicorum, qui cum de sapientia, justitia &c. agunt, in concreto hominem sapientem, justum &c. repræsentant: in pluribus autem JCti Stoicæ disciplinæ, ceu morali-

bus præ cæteris optime accommodatæ, morem imitari solent. Neque voces illæ, existimatio, opinio &c. tantum active pro hominum judicio, sed & vulgo passive pro eorum merito accipiuntur; *d. l. 3. C. de injur. d. l. 6. §. 1. C. de Postul. & simil.* Vid. *Disp. Par. 1. de arbitr. bon. vir.*

Qv. X. *Quis nam sit effectus levis notæ maculæ?*

Laut. pag. 64. verb. De effectu hujus.

RESP. (1) Si talis persona instituta sit, fratres habent querelam inofficiosi testamenti. *L. 27. C. inoff. test.* (2) Ita notati excluduntur a dignitate, si alii competitores habiles adsint, *L. 3. §. 2. Decur.* (3) Non sunt testes omni exceptione majores, inprimis in criminalibus, *L. 3. pr. Testib. Struv. §. 20. h.* nisi alii deficiant. *arg. L. 3. §. 2. Decur.* (4) Excluduntur ab opificiis. Unde nec castratores suum admissi sunt in Principatu Halberstadiensi, licet privilegio Imperatoris id impetraverint: Secus si vitæ genus mutent.

NOT. Inter hos recenseri solent spurii, Vid. *Laut. h.* Aliique filii, quorum parentes, sordidum vitæ genus ducunt, *Laut. h.* idque ob præsumtam degenerationem. Hinc tamen colligo, cessare hanc maculam, si contrarium appareat, & ipsi vitæ integritate ac morum honestate emineant. *arg. d. l. 3. §. 2. Dn. Stryk. U. M. h. §. 6.*

LIB. III. TIT. III.

DE PROCURAT.

Qv. I. *An jure Civili vel Canonico procurator omnium bonorum differat ab eo, qui cum libera datus est, ita ut hic plus possit?*

Laut. pag. 64. verb. Secundum Dd. distinctionem.

NEG. (1) Quia tantum tres species procuratorum recensentur in jure, generalis, specialis, & in rem suam, *L. 12. & seq. Pact. L. 17. in f. Jurej. L. 11. § f. & LL. seq. pignor. act.* plenissima ergo potestas administrandi est penes eum, qui generalem bonorum administrationem habet, *L. 10. C. procur.* Sive addita sit vox libera, sive non sit: nam administratio universalis seu indefinita semper libera est, quia non est restricta. (2) Quod liberæ proprium dicitur, scil. solvere, *L. 59. h.* tribuitur quoque universali *L. 87. solut. L. 20. §. 1. Novat.* (3) Filio peculii administratio in genere dicitur competere, *L. 46. pecul. l. p. §. 3. Div. præscr. L. f. Nov.* At eadem dicitur libera in *L. 48. Pecul. L. 7. Donat.*

(4) Ge-

(4) Generalis omnia poteſt quæ intra fines adminiſtrationis ſunt; quia nihil exceptum eſt. *d. l. 17. in f. L. 1. §. 1. Off. proc. caſ.* Sed ultra hos terminos nec cum libera aliquid poteſt, quia & illius tantum eſt adminiſtrare, non perdere, *L. 7. pr. donat. L. 60. in f. Mand. L. f. Cur. fur. L. 1. ſ. 1. ff. Off. proc. caſ.* Neque (5) ullibi quædam differentia conſtituta probari poterit; Sane illa quæ *Struv. in Evol. ad h. ſ. 25.* his rationibus regerit, nullius ſunt momenti.

Obj. (1) Quod procurator cum libera poſſit alienare, donare &c. *L. 7. Donat. L. 58. l.*

Resp. Hoc plane falſum eſt; quia donare ſua natura excedit fines omnis adminiſtrationis. *L. 1. §. 1. Off. Proc. caſ.* & donare non eſt adminiſtrare ſed perdere. *L. 7. pr. don. L. 16. C. Adm. tut.* Quod vero in caſu *d. l. 7. §. 1. & ſ. 3.* filio permittitur donare, non inde eſt, quod vox libere adjecta eſt (nam id expreſſe negatur in *L. 7. pr. eod.*) Sed quia pater in iſtis caſibus ſpecialibus conceſſo peculio filiof. qui in dignitate eſt, præſumitur facultatem donandi quoque conceſſiſſe, *d. ſ. 3. voc. videri.* quia ſine ſumtu & liberalitate dignitatem tueri vix poteſt.

Obj. (2) *L. 7. §. 1. Pecul.* Ubi videtur diſtingui inter adminiſtrationem ſimplicem & liberam, atque hanc in ſpecie concedendam eſſe, non illam, aſſeritur.

Resp. Non ibi quæritur de adminiſtratione peculii libera vel non libera conceſſa: Sed an ſervus poſſit adminiſtrare peculium, ſi a domino, forte quia infans vel furioſus eſt, in ſpecie conceſſum non ſit. Et videbatur negandum; quia ſervus non poteſt habere peculium niſi concedente domino. At Ulpianus diſtinguit, an jam ante, v. g. ab infantis patre conceſſa fuerit peculii adminiſtratio, tunc non opus eſſe nova conceſſione domini, ſed ſufficere non adimi. Si vero novum peculium novaque adminiſtratio ſervo conceditur, tum alia cauſa eſt, nam hæc ſpecialiter concedenda eſt a domino, qui cum infans vel furioſus ſit, eam concedere non poteſt.

Obj. (3) *L. 60. h. t.* ubi procurator generalis tranſigere non poteſt. Conf. *L. 1. pr. & ſ. 1. Proc. caſ.*

Resp. Agitur ibi de procuratore generali, non ad omnia bona, ſed ad omnes lites, hic ſane tranſigere nequit, quia non curat litem qui eam remittit. *L. 7. C. Transact.* De tali autem ibi agi patet, tum ex rubrica, quæ loquitur de procuratoribus ad lites, tum ex verbis; proponit enim procuratorem, qui cum ad lites gerendas datus eſt, *transactione decidit lites*, & tum ait, dominum, ſi ratam non habuit, *non poſſe repelli ab actionibus*, quas mandaverat, *exercendis.*

OBJ. (4) *L. 60. Mand.* Ubi procurator cum libera pro lubitu alienare potest; quod procurator bonorum nequit. *L. 16. C. h. l. 19. C. eod.*

RESP. In *d. l.* duplex mandatum est; (1) Universale in verbis: concedo tibi *de omnibus meis ut vis negotiari*, (2) speciale, in his verbis: *sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum:* Adeoque facultas alienandi procuratori non competit ut universali; nec ut procuratori cum libera, sed vi specialis mandati: Neque tunc quoque pro lubitu, *sed quatenus res ex fide agenda esset. d. l. 60. in f.*

JURE CANONICO pariter incognitus est procurator cum libera qui majorem facultatem agendi habeat quam procurator universorum bonorum. Neque ullibi id eo jure constitutum apparet.

OBST. *c. 4. Procur. in 6.*

RESP. in *d. c. 4.* non opponuntur procurator omnium bonorum, & cum libera, sed procurator *generalis ad agendum vel defendendum*, & procurator cui *bonorum vel causæ administratio* est concessa. De *Illo* agitur in *pr. d. c. 4.* Et recte asseritur, eum non transigere &c. posse, quia aliud est agere, aliud transigere, adeo ut transactione ab agendo desistatur, idque egregie convenit cum jure civili, ubi ille cui causæ actio est mandata, *L. 7. C. transact.* sive qui generaliter ad lites datur, *L. 60. h.* transigere nequit, sed aliud speciale mandatum requiritur. De *hoc* autem agitur *in fin. d. c. verb. administratio &c.* quæ vox generalis non tantum ad agendum, sed ad omnes actus judiciales & extrajudiciales pertinet. Hic ergo non opus est speciali mandato ad transigendum, nam hæc potestas concessa videtur, si omnium *bonorum*, vel saltem hujus *causæ administratio* concessa sit. Sive addita sit vox libera, sive non addita; quia ipsa vox *administratio* generaliter posita significat liberam, adeoque uberioris interpretationis saltem causa id adjicitur. Unde apparet nihil differre hanc constitutionem juris Canonici a Jure Civili, quo procurator *bonorum* omnia agit, quæ ille, qui cum libera datus est. *Vid. pr. h. q.* Etsi vero quod in fine dicitur, eum, cui *causæ administratio* (non causæ actio ut in *L. 7. C. de transact.*) *concessa est*, transigere posse, jure civili expressum non sit, tamen nec repugnat ejus rationibus; & interpretatione juris Canonici saltem hic confirmatur: nam ubi dubium est jus civile, ex jure Canonico explicari debet. *sup. pag. 12.*

QV. II. *An charta blanca a procuratore exhibita sit legitimum mandatum?*

Laut. p. 66. verb. Hinc non sufficit charta blanca.

NEG. Idque usu ac praxi obtinere ait *Carpz. Tit. 5. art. 1. n. 110. Boer. dec. 274. n. 3. seq. Berl. p 1 concl. 14. n. 9. Marc. dec. Delph. 990. n. 3 seq.* & jure Saxonico expresse constitutum tradunt *Carpz. & Berl. dd. ll.* Adeo ut scri-

ſcripta in tali blanceto contra dominum nihil probent, nec quidquam in ejus præjudicium operentur. *Berl. d. l. n. 94. Carpz. p. 1. c. 17. def. 42. n. 12. ſeq.* Neque enim hoc caſu legiſſe contenta præſumitur, indeque obligari non poteſt. *Carpz. dict. dec. 237. n. 19. p. 1. c. 17 d. 42. n. 11. ſeq.*

Obj. Quod ſubſcribens in genere in omnia ea conſenſiſſe videatur quæ chartæ inſeri poſſunt; *Carpz. d. dec. 237. n. 9. ſqq.* (ubi a ſe ipſo diſſentire videtur) adeo ut etiam ea quæ ſpecialis mandati ſunt, a procuratore inſeri poſſint. *dict. dec. 237. n. 9. & p. 1. dec. 28. n. 1. & 11.*

Resp. Regula falſa eſt, nemo enim ſubſcribens conſentit in ea quæ non legit, nedum quæ nondum ſcripta ſunt; *dict. conſt. 17. def. 42. n. 12. ſeq. Clar. §. teſtam. 14. n. 1.* inprimis propter periculum quod ex hujusmodi illimitata agendi poteſtate imminere ſubſcribenti poteſt. *Bær. dec. 274. n. 4.* Carpzovius ergo intelligi poteſt & debet de caſu, ubi ſubſcribens ſciens & conſentiens compleri mandatum, chartæque inſeri paſſus eſt, *Proc. dict. Art. 1. n. 112.* Nam ipſe in eadem deciſione *273. n. 19.* ait ſubſcribentem non præſumi relegiſſe ea quæ in charta blanca ſcripta ſunt, indeque non obligari.

Exc. (1) Si ex ſubſcriptione de voluntate domini conſtet, ut ſi ſubſcriptum ſit zum Verfahren, nam tunc verum mandatum eſt, *Carpz. Tit. 5. art. 2. n. 7.* & licet alia requiſita mandati judicialis deficiant, tamen ideo datur charta blanca, ut ſuppleri poſſint quæ deficiunt. Aſt, hoc caſu tantum ea peragit procurator, quæ in ſubſcriptione expreſſa ſunt, non ergo quæ vel non ſunt expreſſa, vel ſpecialis ſunt mandati *Carpz. dict. dec. 237. n. 7. & 13. ſeq. Proc. t. 5. art. 2. n. 7.* & ſi de rato cavere velit. *dict. dec. 237. n. 7.*

Exc. (2) Si cum charta blanca generaliter ſubſcripta, & ejus vi atque poteſtate plurima geſta ſint, poſtea a ſubſcribente compleatur, & integrum ei mandatum inſeratur, vim ratihabitionis habet, qua confirmantur ea quæ hactenus geſta ſunt; ita ut adverſarius defectum mandati, adeoque nullitatem, allegare non poſſit. *Berl. d. l. n. 94. Carpz. dict. art. 1. n. 112.*

Qv. III. *An verus procurator quoque de rato cavere debeat?*

Neg. Si omnia mandati requiſita adſint: *L. 1. C. h.* nam per mandatum relevatur ſatisdatione, utpote cum plus ſit in mandato quam in ratihabitione.

Laut. p. 66 verb. Si aliquod requiſitum. &c.

Obj. (1) *L. 39. §. 1. l. 33. §. 3. Proc.* ubi omnis procurator ita cavere debet.

Resp. Excipe ſi certum ſit mandatum *dd. ll.*

Obj. (2) *L. 5. §. 18. Nov. op. nunc. L.* 13. *pr. Eod. L. 40. §. 1. h.* Ubi etiam verus procurator de rato cavere debet.

Resp. Explicatur hoc in *L. 20. ff. rem rat. hab.* ubi tantum in quibusdam ſtipulationibus *ſi vicem repræſentant actionum* de rato cavere debet procurator. Uti igitur in actionibus non cavet, ſi verum & legitimum mandatum adeſt, ita nec in ſtipulationibus: Sed tum demum, ubi vel nullum mandatum, vel ſaltem dubium eſt, an mandatum ad eos caſus pertinere voluerit dominus, iis enim caſibus admittitur ſub cautione de rato. Vid. *q. 10.*

Qv. IV. *An procurator cavens de rato admittatur in iis, quæ alias ſpeciale mandatum requirunt?*

Laut. pag. 66. verb. *etiam in illis.*

Aff. Si de ſpeciali mandato dubitetur, *L. 66. §. 1. SC. Treb.* uti ſi ſit præſumtum, vel ab uno teſte ſaltem probatum. *Wurmſ. t. 5. O. 18. L. 26. pr. Min. Bald. ad L. ſi Maritus C. Mand. Conſ. quæſt. præced.* Secus vero ſi conſtet non eſſe ſpecialiter mandatum. §. *ſin autem Inſt. de Satisd. Wurmſ. d. l.* Vid. tamen *q. 11.*

Obj. *L.* 66. §. 1. *verſ. ſed dicendum SC. Treb.* Ubi hæres non tenetur reſtituere hæreditatem procuratori, de cujus mandato dubitatur, etſi caveat:

Responderi ſolet, agi ibi de negotio extrajudiciali, ſcil. reſtitutione hæreditatis, quam hæres alii quam fideicommiſſario reſtituere, uti debitor alii quam creditori ſolvere, non tenetur; Niſi is mandatum probet. *L. 12. ff. de Solut. arg. l. 34. §. 3. 4. ff. Eod.* Sed ea non ſufficere videtur, quia textus agit de reſtitutione in judicio petita: Verior reſponſio eſt, agi ibi de hærede, qui non vult adire hæreditatem, & ſi procurator fideicommiſſarii id deſideret, &, quia ſuſpectum mandatum dicitur, caveat: Nam hæc cautio non ſufficit, ut poſſit adigere hæredem, ut adeat hæreditatem: Si vero ultro hæres adiit, omnino cautio admittitur, & hæres cavens hæreditatem reſtituere tenetur.

Qv. V. *An Dominus poſt ſententiam geſta a falſo procuratore rata habere poſſit?*

Laut. pag. 66. verb. *Ratihabitio domini.*

Resp. In ſuum præjudicium poteſt, *L.* 3. §. 1. *Rem. rat. hab. L.* 1. *C. Quib. res jud.* quia ſuo juri renunciat *l.* 3. *C. quom. & quand. jud.* Non vero in præjudicium adverſarii: Nam cum geſta a tali procuratore ſint ipſo jure nulla, *l.* 27. *pr. ff. l.* 24. *C. h.* vitiumque ſemel contractum, indeque jus, ut ajunt, nullitatis adverſario quæſitum ſit, illud facto adverſarii auferri nequit. *arg. l.* 11. *R. J.*

Obj.

Obj. (1) Quod nihil deficiat hoc casu præter consensum, quem supplet ratihabitio. *L.* 16. §. 1. *Pign.*

Resp. Sed tum ratihabitione sua non potest jus alii jam quæsitum tollere. Vid. omnino *Becc. Cons.* 66. *n.* 25. *Alex. Cons.* 110. *n.* 3.

Obj. (2) *L.* 56. *de jud.* Ubi falsi procuratoris gesta, si dominus ratihabuerit, retro in judicium deducta videntur.

Resp. Agit de eo, qui ratum habet post litem contestatam, (non post eam finitam) ibi enim lis pendet, nec dum jus quæsitum est: Patet hoc quoque ex verbis, *videtur vero res in judicium deducta*, judicium ergo adhuc supponitur.

Inst. (3) Imputet sibi alter, quod non contradixerit.

Resp. (1) Potest b. f. existimasse esse verum mandatum. (2) Non remittit qui errat, *l.* 23. *Adq. hær.* nec pœnæ fingendæ extra leges: Secus ergo omnino est, si sciverit, ne contradixerit.

Hodie quoque ita observari, dubitandum non est. Vid. *Mynf.* 1. *O.* 44. *Struv. h.* § 27. *Zœs. h. n.* 7. *Perez. C. h. n.* 13. *Treutl. h.* §. 4. *l. c. Rot. Rom. Dec.* 13. & 149. Idque jure Sax. quoque receptum. *Dan. Moll. Sem. l.* 1. *c.* 18. & *ad Const. El. Aug. p.* 2. *c.* 15. *Conf. Mynf.* 1. *O.* 44.

Dissentiunt plurimi, *Bellarm. dec.* 29. *Thesaur. dec.* 7. *Gail.* 1. *O.* 47. ubi præjudicium Cameræ affert. Sed cum aperta sit ratio juris, non debet unum præjudicium erroneum attendi, vel ad alia extendi per *l.* 39. *ff. de LL.*

Qv. VI. *An plures procuratores dari possint, ut simul agant, & quid de jure Canonico?*

Resp. Plures quidem procuratores ab uno domino vel pluribus omni jure dari possunt, *l.* 24. §. *p. Adm. tut. l.* 31. § 1. *h. l.* 5. §. *p. in f. jud. solv.* cum una tantum lis sit, & plures procuratores pro una parte & persona. At agere simul actu non possunt, quia natura impossibile est, ut omnes simul loquantur, *dict. l.* 24. §. *f.* Quis ergo? Tres distinguendi sunt casus, (1) si duo *in solidum* (quod & fit, si quis utrumque eorum constituat. *Mynf.* 1. *O.* 47. ubi de praxi Cameræ) dati sunt, melior est conditio occupantis, adeo ut uno jam agente alter excludatur, quia unus jam litis dominus factus est, *l.* 32. *h. arg. l.* 4. *In rem vers. c.* 6. *vers. Secus &c. h. t. in* 6. *c.* 14. *x. h. ibique Gonzal. Mynf. d. l.* In dubio autem in solidum constituti censentur. *Carpz.* 1. *Dec.* 26. *n.* 8. 10. *seq.* (1) Si duo eodem tempore *junctim* dantur, unus utriusque nomi-

Laut. p. 68. verb. *Plures etiam a pluribus.*

nomine agit, *arg. d. l. 24. §. f. d. c. 6. pr.* & sic quicquid unus loquitur, utriusque nomine fieri videtur. (3) Si *diversis temporibus* dantur, posterior præfertur, *l. 31. §. f. h.* quia posteriori mandato prius revocatum censetur, *ibid. Carpz. 1. d. 26. c. 14. X. proc.*

Jure Canonico nihil mutatum est, nam dicitur saltem in *c. 6. h. t. in 6.* quod duobus junctim datis unus sine altero admitti non debeat; Hoc non ita intelligendum est, quasi omnes simul loqui, sed quod unus utriusque & communi nomine agere debeat.

Qv. VII. *An plures rei unum procuratorem dare debeant in communibus judiciis?*

Laut. p. 68. verb. Non etiam ab uno.

NEG. Adeo ut ne possint quidem, etsi velint. *L. 42. §. p. ff. h. t.* licet enim communis causa videatur, tamen inter se contendunt quoque, cum adjudicationes & condemnationes mutuæ fiant, quod per unum expediri citra prævaricationis crimen nequit.

OBJ. *L. 48. ff. Fam. Erc.* Ubi unus dari potest.

RESP. Agit de unius partis pluribus hæredibus, qui cum in hoc judicio nihil inter se contendant, sed unius partis vices sustineant, unum communem procuratorem constituere non modo possunt, sed &, ne in plures partes judicium scindatur, debent. *Carpz. p. 1. dec. 26. n. 1. & 2.*

Qv. VIII. *An infames jure Civili possint esse procuratores?*

Laut. p. 68. verb. Infames Jur. Can. & Cameral.

NEG. Quia jurare procuratores debent, eorumque fidei ac conscientiæ res agenda committitur, fides autem & conscientia infamium suspicione laborant.

OBJ. *§. f. Inst. de Exc.* ibi: *eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam opponebantur, conquiescere sancimus.*

RESP. Ibi non constat de infamia, sed lis movetur, quæ suspenditur & procurator interim admittitur, donec illa infamia appareat; prout additur ea ratio: *Ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur. dict. §. f.*

De J. Can. & Camerali certum est infames non admitti. Vid. *Laut. h. Gail. 1. O. 45. num. 8.* Quod & generali & praxi receptum est. *Brunn. ad W. h. q. 24. Gail. d. l.*

Qv. IX.

Qv. IX. *An reus in criminibus, quæ pœnam corporis inferunt, post litem contestatam procuratorem dare possit?*

NEG. Nam in genere dicitur in *L. 1. An per al. L. 11. §. 2. Adult. & l. p.* §. 1. *Publ. jud.* quod in criminibus, quorum pœna est relegatione major, non admittatur procurator: Ratio additur in *l. 1. & 2. ff. requir. vel abs. l. 1. ff. & l. 1. C. c. req. reis.* quia absens condemnari non potest, (neque enim inaudita causa aliquis condemnatur, *Goth. ad d. l. 1.* Conf. *l. 6. C. Accus. Paul. 5. Sent.* 35. §. 1. Neque etiam executio fieri in corpus absentis potest.) Interveniente autem procuratore, & judicio peracto, condemnandus esset cum summo rei præjudicio. *arg. l.* 10. *ff. 5. Quæst.* Sed & ex vultu, voce, trepidatione &c. causa cognoscitur, *l.* 10. *§. p. ff. Quæst.* quæ præsentiam requirunt.

Dissent. Laut. pag. 68. verb. *Nisi reus per lit. cont.*

EXC. (1) A contumacia defendi absens per procuratorem potest, & allegari possunt causæ absentiæ, propter eam enim absens quoque damnari potest, *l. 1. l. 2. C. req. reis. l. p. §. 1. publ. jud.* (ita ut bona annotentur, & fisco vindicentur intra annum. *dd. ll.*) Non innocentiæ, seu in causa principali, in qua non potest, de qua est *l. 71. h. l. p. §. 1. Publ. jud. l. 3. C. Accus. l. 1. §. 3. seq. Req. reis.* quod *hodie* obtinet. *Struv. h. §. 33. Carpz. p. 3. q. 105. n. 64.* (2) Si pœna est relegatione minor, & v. g. pecuniaria; nam tunc absens quoque in causa principali condemnari potest, proindeque & procurator intercedere, quo pertinent *l. 5. pr. pœn. l. 1. An per al. l. 33. h. l. 3. C. accus. Struv. d. l. Brunn. ad l. 3. C. Accus.* (3) In crimine læsæ majestatis, *l. f. Maj. Extrav. ad reprimendum* & castrationis crimine; *L. 4. Sicar.* nam hæ causæ sunt, in quibus ex analogia juris communis executio in effigie facienda est: Hinc in Gallia, ubi ex omni capitali crimine absens condemnari, & executio in effigie fieri potest, procurator quoque admittitur. *Robert. l. 1. Rer. jud. c.* 10. Addunt (4) Parentes quoque in capitalibus sine mandato pro defensione filiorum admitti sub cautione: *Arum. 1. Dec. 7. Nebelkr. dec. 20. p.* 251. *Carpz. d. q. 105. n.* 81. Quod ita in causa homicidii observatum memini. Alii dissentiunt apud *Mull. ad Struv. d. § 33.*

OBST. *l. 13. C. l. Jul. adult.* ubi dicitur quod adultera, inchoato contra eam præsentem crimine, etiam absens in numerum reorum recipi possit. Conf. *L. 15. C. eod. l* 10. *publ. jud.*

RESP. Adultera absens inter reas quidem recipi potest, *d. l. 13.* adeoque & citari, *l. 1. C. req. reis.* sed condemnari in causa nequit, *l. 11. §. 2. ff. Eod.* adeoque nec defendi. *l. 11. §. 2. Adult.*

Hodie quoque hæc ita obtinere ex allegatis autoribus apparet: Conf. *Tit. de Adult q.* 10. De relegatione dubium videtur, an ad eam avertendam pro-

curator quoque pro absente reo intervenire possit? Quod plurimi negant, idemque quod in corporalibus pœnis statuunt per *l.* 1. *ff. An per al. ubi sola pecuniaria excipiuntur. l. p. §.* 1. *ff. Publ. jud. l.* 5. *pr. ff. de Pœn. Hillig. ad Don. l.* 18. *c.* 10. *lit. E. Fachin. Lib.* 1. *c.* 26. At alii hodie procuratorem admitti tradunt. *Struv. h. §.* 33. *Carpz. p.* 3. *q.* 105. *n.* 77. Conf. *tit. de injur. q.* 11.

Qv. X. *In quibus causis speciale mandatum requiratur?*

Laut pag. 68. verb. *Speciale mandatum.*

RESP. In omnibus illis, quæ non pertinent ad administrationem negotiorum vel bonorum, aut si alias sit res magni momenti. Ea enim commissa non censetur. Requiritur ergo speciale mandatum, (1) Si negotium excedit fines administrationis, ut (α) in *alienatione l.* 10. *Mand.* (β) in *restitutione in integrum*, quia ibi non de gerendis negotiis agitur, sed potius de gestis rescindendis, *l.* 25. *§.* 1. *Min. Mynf.* 2. *O.* 26. & *Conf.* 53. *n.* 1. *Mev. p.* 5 *dec.* 79. Neque procurator factum domini sine speciali ejus mandato impugnare potest. Vid. *Mull. ad Struv. h. §.* 34. Sufficit vero in genere restitutionem mandatam esse, etsi non sit additum ex qua causa. *Wurmf.* 1. *O.* 3. (γ) In *litis renunciatione*, quia non est pars administrationis: *c.* 32. *in f. x. Off. Deleg. Carpz. Proc. t.* 5. *art.* 2. *n.* 26.

(2) Si res in bonis non sit, uti si (α) agatur de exhibitione liberorum, *l.* 40. *pr. h. Hilig. ad. Don. l.* 18. *c.* 22. *kk.* vel (β) de fama, uti si quis tanquam suspectus tutor conveniatur, ad hanc causam procurator universalis datus non censetur. *Bach. ad W. h. in f. Umm. Disp.* 3. *n.* 36. Vel agatur (γ) de præjudicio animæ, ut in præstatione jurisjurandi; *Vid. Laut. h. Gail.* 1. *O.* 83. *Mynf.* 2. *O.* 53. atque hinc quarta (hodie tertia *Laut. p.* 39. *pr.*) dilatio non nisi ab eo peti potest, qui speciale mandatum habet, quia petitur præstito juramento, *Auth. At qui cœpit &c. C. de Prob. Treutl. h. §.* 8. *l. e. Gail.* 1. *O.* 91. *n.* 10. An ejus prorogatio quoque? Vid. *Treutl. dict. §.* 8. *l. f.* Sed & huc pertinet (δ) instrumentorum recognitio, non tam quia instar confessionis, est, quæ non facile admittitur sine domini mandato; *Berl. p.* 1. *Concl.* 44. *n.* 8. *Carpz de Proc. tit.* 5. *art.* 2. *n.* 29. quam quia nec ea res in bonis est; agitur enim de inspectione instrumenti, & declaratione scientiæ & conscientiæ, quæ & jurejurando sæpe explicanda est.

Præterea (3) sunt quædam, in quibus speciale quidem mandatum non requiritur, sed tamen nec generale sufficit, admittitur autem cautio de rato, etsi constet specialiter mandatum non esse, ut in operis novi nunciatione, *L.* 5. *§.* 18. *Oper. Nov. nunc.* & damni infecti cautione. *L.* 40. *§.* 1. *h.*

Pertinent enim utique ad bona tuenda & administranda, sed cum facile dubium videri possit, num dominus de his causis cogitaverit, vel futurorum quo-

quoque cautelas comprehendi voluerit, nec res modici præjudicii ſit, reſpectu nunciati vel ejus cui damni infecti caveri debet, hinc non cogitur ille vel deſiſtere ab opere, vel cavere ad nutum procuratoris, niſi caveatur de rato. *dd. ll.*

Non vero requiritur (4) in juramenti delatione, *l. 17. in f. de Jurej.* Nec in transactione. *Vid. ſup. tit. transact. q.* 3. & 4.

Nec denique in reaſſumtione litis; nullibi enim ſpeciale in hac cauſa mandatum requiritur, & omnino ſub adminiſtratione contineri videtur, *Laut. p. 70. pr.* Sane procurator facilius poterit continuare litem cœptam, quam incipere. Et ad quid opus eſſet novo mandato hæredum, qui non poſſunt ſuo nutu lites cœptas deſerere. Et hæc ſententia ſaluberrima eſt ad amputandas tergiverſationes & moras. (Quod vero *hodie* extra Saxoniam fruſtra diſceptari videtur, utpote cum reaſſumptionis neceſſitas, ſi hæredum mentio in mandato fiat, ſublata ſit per *Rec. Imp. Nov. §.* damit auch zum vierten. *Mynſ. 2. O. 84. Blum. proc. Cam. c. 76. §. 8. ſeq. Struv. §. 41. & 42. Laut. p. 70.*

Neque rationes *Carpzovii* in *Proc. tit. 5. art. 2. n. 15. & ſeq.* quicquam momenti afferunt. Ait enim (1) reaſſumtionem eſſe ſpeciem aditionis hæreditatis.

RESP. Id neutiquam verum eſſe. *Aut* enim hæres tum jam adiit, & tum non amplius aditur reaſſumtione litis: *Aut* nondum adiit, & non poteſt procurator ejus nomine agere, qui nondum adiit; Sed nec ab eo ſpeciale mandatum accipere; Verum aget in genere hæreditatis, vel hæredum nomine, donec certi hæredes adierint.

Ait (2) Mutata perſona aliam litem videri, nec procuratorem amplius videri litis dominum. *l. 14. l. 27. ff. Exc. rei jud.*

RESP. Hoc plane negatur, ſi non alias mutetur perſona, quam quod hæres ſuccedat. Is enim eandem perſonam præſentat, & ideò nec cauſa, nec lis, quin nec inſtantia mutatur.

Not. Ad memorata tria capita omnia referri poterunt, quæ ſpeciale mandatum requirunt, neque ea pro lubitu fingenda, ſed pro regula tenendum: procuratorem univerſalem regulariter omnia agere poſſe, donec quædam a mandato univerſali excepta probentur: Cauſas ſpecialis mandati alii recenſent 102. alii 47. alii 24. apud *Mull. ad Struv. h. §. 34.* Qui ipſe 39. admittit.

QV. XI. *An procurator actoris debeat dominum ſuum defendere in reconventione?*

Laut. pag. 69. verb. *Ad agendum datus defendat.*

AFF. *L.* 33. §. 4. *h.* Nam cum in totam inſtantiam datus ſit, omnino etiam in reconventione datus videtur, quæ non minus ac exceptiones eadem

dem instantia comprehenditur. *L.* 4. *tutel. l.* 15. §. 1. *h. l.* 5. *C. h. Wurms.* 1. O. 5. 6. *Struv. h. t. th.* 33. *l.* 6. §. 3. *Quod quisque univers. Gonzal. ad cap.* 11. *X. de procur.*

OBJ. *L.* 17. *C. h.* ubi non potest compelli defensionem subire absentis, sed sufficit, si fidem ad agendum datam impleat.

RESP. Non agitur de reconveniente reo sed alio & tertio, qui novam contra actorem instituit actionem; & quæritur, an procurator, qui causam actoris contra v. g. Titium suscepit, eam suscipere teneatur contra quemvis alium, qui actorem convenire vult? Quod negatur d. l. quia non suscipit omnes rei causas; & aliud judicium aliusque processus est; Secus ergo est, si ipse reus reconveniat actorem in eodem judicio, quod hic suscepit.

QV. XII. *An etiam procurator in rem suam dominum debeat in reconventione defendere?*

Laut. pag. 69. verb. Quod etiam defendit in voluntario &c.

AFFIRM. Regulariter *l.* 33. *§. f. h.* Vid. *quæst. præced.*

EXC. (1) Si ex necessitate factus est, *dict. l.* 33. §. *f.* ut si in judicio communi dividundo nomen alicui adjudicetur, tunc enim ille ex necessitate constituitur procurator in rem suam: Hic ergo, licet actionem suscipere oporteat, non tamen defendere alterum vicissim conventum tenetur: Cum enim ex necessitate fiat procurator, non ultra tenetur, quam est necessitas, quæ est in sola causa quam ex cessione suscipere tenebatur. *d. l.* 33. *l.* 34. *h.* (2) Si quidem ultro suscipit, sed ex causa onerosa, nam insigni damno afficeretur procurator, pretiumque perderet, si ipse respondere, & damnatus solvere quoque quod reus petiit teneretur: Accedit quod in ipsum dominum agi debere dicatur *in dict. l.* 34.

OBJ. *L.* 70. *ff. h.* ubi procuratores in rem suam etiam ex necessitate constituti defendere tenentur.

RESP. Ibi hæredes quidem tenebantur ex fideicommisso cedere, ast non fideicommissarius ita accipere; & sic necessitas non erat a parte accipientis, (nam ille ultro accepit fideicommissum indeque procurator in rem suam constituitur) sed a parte cedentium scil. hæredum, qui fideicommisso cedere debeant.

Hinc apparet aliud esse si fideicommissarius non sua voluntate agnoscit fideicommissum, sed ex adjudicatione. *Brunn. ad l.* 70. *h. Sand. de Act. ceff. c.* 10. *n.* 1. *seq.*

Qv. XIII.

Qv. XIII. *An negligentia procuratoris noceat domino?*

AFFIRM. quoad præjudicium causæ, quia procurator est dominus litis, & sibi imputare debet is, qui tali procuratori sua negotia committit *l.* 23. *in f. Min. l.* 7. *in fin. ff. Inst. Act. Carpz. p.* 1. *c.* 1. *d.* 22. *l.* 10. *C. proc.* hinc si procurator neglexerit terminum fatalem appellationis seu leuterationis, domino id nocet. *l.* 1. *ff. f. Quand. app. Carpz. p.* 1. *Const.* 1. *def.* 22. Neque sententia, & quicquid a procuratore gestum est in causa, rescindi a domino potest. *l.* 10. *C. Proc.* sed dominus regressum habet contra procuratorem. *Carpz. d. l.*

Laut. p. 69. verb. *Nam negligentia.*

Non vero nocet (1) quoad pœnam personæ procuratoris injunctam, ut si propter contumaciam pœna ipsi dictata sit, de quo est *L. un.* §. 2. *si quis jus dic.* nam hanc solus procurator solvit. Vid. *Mev. p.* 7. *d.* 118. Nec (2) si fines mandati egressus est procurator, hactenus enim non est procurator. *dict. l.* 10. *Mev. p.* 5. *d.* 269.

Hodie itidem in causa principali domino nocere negligentiam procuratoris ait *Carpz. d. l. def.* 22. Nam hodieque consensu domini fit litis dominus. *R. I.* 1600. §. nachdem auch. *Brunn. ad l.* 23. *h. Gail.* 1. *O.* 74. & *late Dd. apud Mull. ad Struv. h. ff.* 35. *lit. a Mev. p.* 3. *dec.* 29. & *ad Jus Lubec. l.* 5. *t.* 2. *art.* 6. *n.* 10. indeque quicquid ibi gestum est, perinde, ac si a domino gestum esset, haberi debet. Atque ita Facultas Viadrina Resp. *an.* 1696. & ita in contradictorio judicatum est in Curia Halberstadiensi d. 28. Maji 1705. in caus. Kükeri c. Leporin. Add. *Gail.* 1. *O.* 45.

Si vero per negligentiam advocati procurator causæ præjudicium facit, huic datur regressus contra advocatum. *Mev. p.* 6. *d.* 197.

Qv. XIV. *An dominus propter negligentiam procuratoris restituatur in integrum?*

NEG. regulariter (1) per *l.* 10. *C. h.* Ubi dicitur rescindi non debere sententiam. Quia nemini, nisi quando justa restitutionis causa est, his remediis succurritur, *l. f. ff. de Min.* uti si dominus minor sit, *L.* 13. *ff. f. C. Judic.* secus ergo in cæteris. Neque (3) culpa procuratoris, cui mandavit dominus, est justa causa restitutionis, quia sibi imputare debet, quod tam negligentem procuratorem elegerit. Idque (4) ita communiter Dd. tradunt, *Mev. p.* 3. *D.* 29. ubi affert rationem, quod domino competat remedium ordinarium mandati contra procuratorem ad damna, & id quod interest; non ergo locum esse extraordinario inde concludit *Mev. J. Lub.* 5. *t.* 2 *art.* 6. *n.* 13. *H. Pist.* 1. *q.* 36. *n.* 1. *seq. Mart. proc. t.* 20. *ff.* 4. *n.* 71. *seq. ibique Dd. Menoch. Cons* 380. *Klock. V.* 1. *Cons.* 37. *n.* 123. Quanquam in praxi contrarium receptum videatur

Laut. p. 69. verb. *Quin nec regulariter in integr.*

tur in casu quo procurator non est solvendo; *Christ. V. 2. dec. 109. n. 10. seq. H. Pist. d. q. 36. n. 7. Carpz. p. 1. Const. 1. d.* 23. ibique late Dd. *Gail. 1. O. 45. Grœnw. ad d. l. 10.* Atque ita in Curia Halberstadiensi judicatum est in causa Schirstedt c. Krosek. d. 28. Maji 1705. & 15. Apr. 1716. Conf. *Carpz. proc. t. 5. a. 7. n. 73. Mart. d. l.* At in casu, ubi solvendo est procurator, restitutio denegata fuit in causa Bauers & Bertram c. Wipperman. d. 21. Jul. 1707.

OBJ. (1) *L. 1. §. f. Quand. ap.* ibi: *difficile est, ut hic audiatur.*

RESP. Inde potius regula nostra probatur, non restitui dominum regulariter, sed sunt quidam casus excepti, ut si adversarius cum tuo procuratore colluserit. *L. 8. §. 1. Mand. L. 7. §. 9. de dol.* Vel alias dolo egerit adversarius. *L. 3. §. 1. de eo per quem fact.* Vel si locupletior factus ille sit. *arg. L. 206. R. J. Struv. Ex. 7. th. 35.* At interim non differtur executio. *Struv. Ex. 8. th. 7. Mev. p. 7. d. 274. n. 6. & 7.*

OBJ. (2) Quod detur etiam restitutio ex clausula generali *quoties justa causa est L. 1. in f. Ex quib. caus.*

RESP. Non hic est justa causa, quia sibi debebit imputare, quod talem procuratorem elegerit. Quin e contrario publice interest, ne lites sint immortales.

Regula ante proposita vera est, & denegatur restitutio ob negligentiam procuratoris etiam intuitu fisci, *Sfort. Odd. p. 1. q. 3. a. 13. n. 85. seq.* atque ita Curia Halberstadiensis judicavit in causa Fisci c. das Amt Westerburg. d. 3. Febr. 1693. & 27. Sept. 1694.

QV. XIV. *An procuratoris confessio erronea noceat domino?*

AFF. De errore juris: Non vero de errore facti: Sed hic (1) durante lite revocari potest per text. expr. in *L. 7. C. Jur. & fact. ign. L. 2. L. 3. C. Error. adv.* Modo (2) absentibus clientibus confessio fiat: Et (3) error probetur *c. 3. X. de Confess.* Si vero clientes præsentes intra triduum non contradicunt, allegata haberi debent, ac si ab ipsis dominis proferrentur. *L. 1. C. de Error. adv. L. 3. Eod. ibique Brunn.* nedum si res judicata sit *Gonz. t. 1. pag. 326. n. 4. & 6.*

At erronea confessio revocari potest (1) Quando cliens certat de damno vitando, & alter de lucro captando. *Besold. p. 3. Cons. 108. n. 45.* Vel (2) si confessio non est verosimilis. *Surd. dec. 291. n. 28.* Vel (3) adversarius fuit causa erroris. *Castrens. ad L. 7. C. Jur. & fact. ign.* Vel (4) confessio est ultra fines mandati. *arg. l. 10. C. procur.*

NOT.

Not. Sed & si præsens cliens fuerit, & finitum quoque sit negotium, tamen ex justa causa contra hunc errorem restitutio in integrum dari ait *Fab. C L. 2. t. 6. def. 1. arg. L. 1. in f. Ex quib. Caus. maj.* Quod indubie, & ex communi quoque Dd. sententia verum est, si procurator non sit solvendo. Vid. *sup. q. 13.*

Qv. XV. *An procurator teneatur appellare?*

Resp. Appellare, seu appellationem interponere indistincte tenetur; *L. 17. C. Procur.* etsi enim in mandato exprimi non soleat nomen judicis ad quem appellatur, tamen interpositio appellationis fit coram judice in mandato expresso, & pars est prioris instantiæ, quæ quidem finitur sententia, sed ea per appellationem suspensa hic ultimus ejus instantiæ actus est, & ejus quædam appendix. *c. p. in f. x. h.*

Laut. pag. 69. verb. Sic a sententia appellare.

Obj. *l. 31. ff. 2. Neg. gest.*

Resp. Loquitur de procuratore, qui litem a reo fere condemnato desertam defendit, hic ne quidem appellare tenetur, quia frustra esset, causa jam deperdita.

Not. Appellare procurator tenetur, non vero remedia extraordinaria revisionis, restitutionis &c. interponere. *Mev. L. 5. dec. 270.*

Num vero procurator appellationem interpositam prosequi teneatur? magis ambigitur. Equidem videtur id ex forma mandati decidendum esse, ut, si illud ad totam causam datum, vel generale vel indefinitum saltem sit, plane teneatur; *l. 2. ff. An per al.* Etsi enim *d. l. 2.* videatur agere de eo, qui rationes appellationis jam reddidit, atque alteram instantiam jam cœpit: tamen & intelligi potest de rationibus mandati jam redditis. *arg. l. un. in fin. ff. si pend. app.* Jure ergo civili magis videtur procuratoris esse, totam causam absolvere, nisi mandatum ad primam instantiam restrictum sit; ut si judex primæ instantiæ nominatus sit.

Cæterum jure Can. res decisa est, ne teneatur procurator appellationem prosequi. *c. p. in f. x. h.* Quod usu fori, inprimis quia hodie mandato nomen judicis exprimi, adeoque restrictum illud esse solet ad illam instantiam, receptum est. *Mev. d. l. Rebuff. de Appell. art. 1. Gloss. 2.*

Qv. XVI. *An procurator rei, quia satisdedit, si nolit defendere, præcise teneatur ad factum, an sufficiat committi stipulationem?*

Prius Affirm. *L. 8. §. f. L. 11. seqq. L. 35. §. f. h.* ne decipiatur is cui satisdatum est. *L. 43. §. f. h. l. 5. C. h.*

Laut. p. 69. verb. ad finem perficiat.

Obj.

Obj. *L. 43. §. f. l. 45. pr. h.* ubi ex ſtipulatu tantum agitur.

Resp. Agit de procuratore actoris reconventi, non rei; (nam in *dict.* §. *f.* procurator actor dicitur.) Cæterum referuntur in *dd. ll.* trium JCtorum ſententiæ, Aticilini in *d. l. 43. in f.* Labeonis, *ibid.* & Sabini in *L. 45. pr. h.* & ultima probatur, (quia prætor in *d. l. 8. §. f.* tantum de procuratore rei loquitur.) Duplex autem remedium contra actoris procuratorem datur; tum ut denegetur ei actio, *d. l. 43. §. 4.* tum ut ex ſtipulatu conveniatur. *d. l. 45. pr.*

Inst. Quod in obligationibus faciendi tantum agatur ad id quod intereſt.

Resp. Hoc inter privatos verum eſt, quia ſpeciem ſervituris arguit, & libertati adverſatur, alterum in alterius facta & actiones ipſas jus habere. At hic Prætor judicii tuendi cauſa cogit; Magiſtratui vero in cives & liberos homines quoque jus cogendi competit.

Qv. XVII. *Cur defenſor abſentis actore ante litem conteſtatam petente in reali actione de rato cavere debeat, non vero in perſonali?*

Laut. pag. 70. verb. Defenſor abſentis in reali &c.

Resp. Si agitur actione *reali*, & v. g. rei vindicatione, ipſa res præciſe præſtari debet, hanc vero nemo niſi dominus præſtare poteſt, & ſi dominus reverſus eam jure ſuo vindicaret, eluſorium redderetur judicium, *L. 40. §. 2. & 3. h.* adeoque non aliter cum effectu judicium obtinebit, niſi procurator de rato caverit, *d. l.* In *perſonali* vero actione, ut in interdictis &c. non præciſe de re agitur, ſed de eo quod intereſt, quod procurator ſolvere poteſt, neque dominus reverſus illud repetere, eoque judicium fruſtratorium reddere poterit. *L. 45. §. f. h.*

LIB. III. TIT. IV.

QUOD CUJUSQUE UNIVERSIT. NOMINE ETC.

Qv. I. *An proprium municipis ſuffragium ei proſit in electione Syndici?*

Laut. p. 70. verb. Sed non proprium.

Aff. (1) per *L. 4. h. t.* (2) quia jus liberum ſuffragii habet, quod, quo minus ſibi ipſi dari poſſit, nullibi prohibetur: Idque (3) in cauſis quoque imperii ita receptum, nam in electione Regis Romanorum quoque unusquisque electorum ſuo ſe ſuffragio nominare poteſt: *B. Par. Jur. publ. c. 8. §. 11.*

Obj.

Obj. *arg. L. 4. de tut. l. 5. Off. præsid.* Ubi nemo se ipsum tutorem vel judicem eligere vel dare potest.

Resp. Neque in nostro casu Syndicus se ipsum dat vel eligit, sed eligitur a parte majore, comprehenso proprio suffragio.

Qv. II. *An Syndici in dubio ad omnes lites etiam futuras videantur constituti?*

Affirm. Si sunt universales: L. 6. ʃ. 1. L. 1. §. 1. h. Nam generali dispositioni tamdiu insistitur, donec quædam excipiantur. Vid. *q. seq.*

Laut. pag. 71. verb. quas omnes.

Obj. *L. 18. §. 13. ff. de Mun. & hon.* Ubi Syndici comparantur cum illis, qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur.

Resp. Non comparantur, sed potius disjunguntur, & asseritur, quod non tantum Syndici, sed etiam illi, qui ad certam causam agendam eliguntur, liberi sint a personalibus oneribus. (2) Textus intelligi potest de illis Syndicis, qui ad certam causam dantur, quales sunt in *L. 6. §. 1. h. l. 34. §. 1. Jurej. &c.* Vid. *sup. p. 243.*

Qv. III. *An Syndici eandem potestatem habeant, quam procuratores universales, sive cum libera?*

Disting. Syndicorum duo sunt genera: *Alii*, quibus negotia civitatis in genere commissa sunt, ut in civitatibus Germaniæ plerisque; & hi comparandi sunt procuratoribus universalibus, de quibus *L. 5. C. Usur. L. 12. C. Transact.* *Alii* qui tantum mandatum ad lites ab universitate habent, nam hi quoque Syndici hodieque vocantur, & hi similes sunt iis, qui mandatum ad agendum vel defendendum habent, de quibus est *L. 34. ʃ. 1. jurej.* Vid *L. 2. t. 15 q. 4.* Hi ergo non transigunt *Diff. Laut. h. t.* nec juramentum deferunt. *Diff. Laut. ibid.*

Laut. pag. 71. verb. Habent eandem potestat.

Exc. Si causæ administratio ipsis sit concessa, propter *c. 4. Procur. in 6. Vid. sup. q. 1.*

Qv. VI. *An collegium maneat in uno?*

Resp. Non incipit in uno, *L. 85. V. S.* Sed inchoatum manet, licet ad unum redigatur; *L. 7. §. f. h.* quia jus semel constitutum facilius perdurat, quam ab initio constituitur, non tollitur, nisi corpore, in quo est, penitus sublato. *pr. Inst. Usufr.*

LIB III. TIT. V.

DE NEGOTIIS GESTIS.

Qv. I. *An, ut negotiorum gestio sit, præcise requiratur, ut gerens intentionem habeat utiliter gerendi, & animum inducendi obligationem?*

Laut. pag. 72. verb. *ratione intentionis* & verb. *Modo hoc faciant &c.*

Laut. *h.* in ea est opinione, at utrumque NEGATUR: Nam (1) ex supra *ad tit. de pact. q. 12.* adductis juribus apparet, obligationem ex quasi contractu, adeoque & ex negotiorum gestione, non oriri ex consensu, sed ab ipsa lege naturæ, etiam in invitum, nimirum ex facto quocunque licito, quo quis alienum negotium gerit: Si enim ex hoc negotio aliquid penes gestorem est, id ex regula naturæ ei, ad quem pertinet, restitui debet, sive animum habeat utiliter gerendi, sive non. Idque (2) adeo verum esse dixi *d. q. 12.* ut & contra ejus voluntatem, adeoque licet animum se obligandi non habeat, obligatio inducatur; atque hinc in *L. 6. §. 3. Neg. gest.* ille qui tanquam prædo, animo sibi lucrandi, aliena negotia gerit, non minus, sed magis actione negotiorum gestorum teneri dicitur: Quin (3) si rem Titii, putans eam esse Mevii, geram, non est negotiorum gestio cum Mevio, etsi hic ratihabeat. *L. 6. §. 11. h. Vid. q. 4.* Adeo hic obligatio non ab intentione dependet.

OBJ. (1) *L. 2.* verb. *utiliter*, *L. 10.* verb. *si utiliter gessit h. t.*

RESP. Loquuntur de actione contraria, non de directa; Hæc enim datur omnibus quorum negotia gesta sunt, etsi summa cum perfidia. *dict. l 6 §. 3. & 4.* Illa vera non datur nisi ei qui utiliter aliquid impendit; quia contrariæ actiones non dantur nisi ex æquitate, quæ non est in eo qui minus utiliter negotia gerit.

OBJ. (2) Textus, ubi requiritur animus inducendi obligationem, *L. 4. L. 27. §. 1. L. 34. L. 44. &c. L. 9. h. t.*

RESP. Loquuntur itidem de actione contraria, quæ gerenti competit; hæc enim cessat, quoties gerens non animo inducendæ obligationis, sed animo donandi alienum negotium peragit, nam juri suo renunciare gestor potest.

Qv. II.

Qv. II. *An negotiorum gestio non sit nisi ubi dominus absens est?*

RESP. Distinguendum an præsens *ignoret* negotia sua geri, an vero *sciat*: *Illo* casu vera erit negotii gestio, *hoc* vero mandatum, *Struv. h. t.* §. 46. *Bach. V. 1. D. 10. th. 6. lit. b.*

Laut. pag. 72. verb. *Præsentium & absentium &c.*

DISSENT. *Giph. Disp. ad Inst. 3. 89. 9.*

OBJ. *arg.* §. *1. Inst. Obl. quæ quas. ex contr.* & *L. 1. L. 2. h.* ubi definitio negotiorum gestionis tantum in absentem concepta est.

RESP. Absentia duplex est: alia ab urbe seu loco; alia a negotio, cum quis loco quidem præsens est, sed non in ipso negotio; quod accidit quoties ignorat negotium geri: Nam si ipsi negotio quoque præsens est, utique non ignorat, adeoque tum mandare videtur, *L. 2. pr. ad Mun.* Quoties igitur in legibus tantum absentium mentio fit, utraque absentia intelligitur, adeoque & ignorantia comprehenditur *dd. ll.* Quoties vero & ignorantis fit mentio, ut in *L. 41. h. t.* absentia a loco intelligitur, & opponitur ignorantiæ. *Vid. d. l. 41. l. 4. §. 5. Damn. inf.*

OBJ. *L. 19.* §. *2. h.* ubi etiam præsentis & scientis negotia geruntur.

RESP. Ibi mandatur ei qui b. f. servit, adeoque personæ conditio obstat, quo minus actio mandati nasci possit, unde quia vere tamen liber est, recte ei datur negotiorum gestorum actio. *arg. l. 43. pr. &* §. *1. de Procur.* Vid. *Laut. p. 285. lit. S.*

Quid intersit, an mandatum sit, an negotiorum gestio, *Vid. q. seq.*

Qv. III. *An negotii gestio sit, si dominus absens id sciat?*

AFF. Quia absentes prohibere non possunt. Si vero tantum temporis supersit, ut prohibere dominus possit, neque tamen id faciat, verum mandatum erit, quia ille, qui cum possit, non contradicit, pro consentiente habetur. *Struv. Evol. ad h. t. §. 46. Bach. ad Tr. V. 1. D. 10. th. 1. lit. c.* Idemque est, si literis ipsi negotium significetur, & retentis literis, cum possit, nihil responderit. *L. 16. ff. SC. Maced. Laut. p. 56.*

Laut. pag. 72. verb. *scientium & ignorantium.*

Nec parum interest: nam condemnatus mandati fit infamis, secus in negotiorum gestione &c. *L. 6.* §. *5. His qui not.*

Qv. IV. *Quando dicatur alicujus esse negotium?*

RESP. Distinguendum est, *an* res aut corpus alterius domini sit, in quo aliquid geritur; uti si alienas ædes fulciam; *an* vero nullum corpus nullaque res

Laut. p. 72. verb. *Negotia aliena.*

res aliena, ſed negotium ſit quod in actu conſiſtat, v. g exactione debiti, emtione ædium &c. nomine alieno. *Illo* caſu repetere actione negotiorum geſtorum a domino rei poſſum, quicquid impendi, etſi ejus contemplatione non geſſi, ſed intuitu alterius, quem putavi eſſe dominum & qui ratihabuit. *L. 6 §. 8. h. L. 14. §. 1. in f. Com. div. Brun. ad. L. 45. §. 2. h. t.* quod egregie exponitur in *d. L. 6. §. 11. Quia hoc facto meo alter eſt locupletatus, & alterius reipſa negotium geſtum eſt: Nec poteſt quod alii acquiſitum eſt ipſo geſtu, hoc tuum negotium videri:* Hic ergo jus non oritur ex conſenſu, ſed inſpicitur magis rei veritas quam opinio. *Mull. ad Struv. Exc. 7. theſ. 47.*

Obj. *L. 14. poſt verba Hoc enim caſu ff. Comm. div.* Ubi non datur actio negotiorum geſtorum, ſi res, quæ alterius eſt, non ejus contemplatione, ſed tanquam mea geratur.

Resp. Contraria quidem ſemper datur, quoties quis ſciens rem alienam geſſit, licet geſtor putaverit alterius eſſe quam eſt. Verum non datur, quoties eam geſſit ut ſuam, hoc enim caſu tantum retentio locum habet; quia geſtor animo domini, & quaſi in re ſua, adeoque nullum negotium gerit, ex quo alteri obligari poſſit: Uti enim cum dominus verus in re ſua aliquid agit, id negotium non eſt, unde obligatio oriatur, per text. eleg. in *l. 33. ff. de Cond. ind.* ita & cum quis bona fide putans ſe in re ſua agere, inſtar domini agit, *arg. L. 136. R. J.* nec adeo inde ipſi in alium obligatio naſcitur. Inter cauſas enim obligationis domino acquirendæ ſemper quidem eſt, quoties alius in ejus re aliquid agit; tenetur enim inde ipſi vel quaſi ex contractu, vel delicto, nec animus geſtoris id mutare, & jus domino intervertere poteſt: Verum cum de jure & actione ipſius geſtoris quæritur, videndum eſt, quo animo ipſe egerit: Si enim animo domini, & ſibi gerendi quaſi in re ſua, non oritur ipſi ex hoc facto actio in alium, quia pro domino eſt, non pro geſtore, hactenus enim tale factum non magis eſt negotium & cauſa obligandi, quam cum dominus in re ſua agit; Sed ex æquitate tantum retentio competit. Atque is ſenſus eſt *dict. l. 14. §. 1. Com. div.* Add. *l. 14. ff. Dol. mal. Exc.*

Hodierno uſu ex eadem æquitate actionem quoque dari in eum qui factus eſt locupletior, non dubito. Vid. *Grœnweg. ad §. 30. Inſt. Rer. div.*

Altero caſu, licet res tua non ſit, tamen ſi tua contemplatione geſtum ſit, & tu ratum habueris, (utrumque enim requiritur) negotium tuum erit. *L. 6. §. 9. 10. h.* Unde ſi tuo nomine quaſi debitum exegero a Sejo, erit tibi mecum actio negotiorum geſtorum, licet Sejus nihil tibi debuerit, *d. l. 6. §. 9.* Sed ille qui ſolvit, tanquam indebitum, a te, non a me condicere poterit. *d. l. 6. §. 9. L. 80. §. 5. Furt.* Sed & licet Titius debuerit, ego autem a Sejo per errorem exegerim, idem eſt; Sed adverſus Titium ſalva tibi eſt actio.

Qv. V.

QV. V. *An actio negotiorum gestorum detur, si gerit negotia aliena tanquam sua?*

RESP. Actio directa quidem datur ei, cujus negotia gesta sunt, per *text. expr. in l. f. h.* Neque intentio gerentis jus alterius mutare potest. *quæst. præced.* At *contraria* actio non datur gestori ad impensas repetendas, nisi nomine alieno fecerit: *dict. quæst. L 6. §. 2. Fam. erc. L. 33. Cond. indeb. L. 14. §. 1. Comm. div. L. 14. §. 11. Relig. L. 29. ff. Com. div. L. 33. in f. Cond. indeb.* Hinc nudam saltem retentionem habet, si possidet. *d. l. 14. §. 1. d. l. 14. §. 11. L. 6. §. 3. h. d. l. 33.* Si non possidet, stricto jure omne ipsi remedium denegatur, & nec utilis actio negotiorum gestorum datur.

Laut. pag. 72. verb. si quis aliena negotia gerit tanquam sua.

EXC. (1) Si sit negotium hæreditarium, & animo hæredis gestum: datur negotiorum gestorum actio saltem utilis: Hæreditas enim est omnium jurium & causarum universitas, ex qua in rem ac in personam obligationes oriuntur; Secus ac in rebus singularibus. Tales casus sunt in *L. 50. §. 1.* verb. *velut hæreditario negotio gesto ff. Hær. pet. L. 32. pr.* ibi: *possessor hæreditatis ff. de religios. L. ult. in f.* ibi: *cum hæreditatem ff. h. t.* (2) Ex æquo & bono tenetur dominus, quatenus locupletior factus est, non ultra. *L. 6. §. 3. ff. h. t.* (3) Si communem rem curet, quæ non potest seorsim geri, habet actionem negotiorum gestorum contrariam, etsi animum non habeat rem alienam gerendi. *Vid. infr. tit. Fam. erc.*

Neque his OBSTAT *l. 14. §. 1. ff. Comm. div.* Ubi utile judicium de communi dividundo datur gestori.

RESP. Agit JCtus de casu, quo ipse tanquam in rem communem impendit, (nam de casu, quo ut in rem suam, in sequenti vers. agit, & contrarium docet,) vocat autem utile judicium, quia post alienationem partis intentatur, quo casu utilis actio est. *l. 6. pr. & §. 1. ff. Com. div.*

INSTO. Sed additur, etiam manente communione.

RESP. Comparari hæc effectu, non qualitate judicii: Vel manere communionem cum emtore.

Moribus, non obstantibus iis, quæ tam argute & ingeniose disputata sunt a JCtis, ex eadem æquitate actionem quoque ad impensas dari jam dictum est. *quæst. 4.*

QV. VI. *An ratihabitio superveniens ex negotiorum gestione efficiat mandatum?*

Laut. pag. 72. verb. Ut & ratihabitio.

NEGANDUM id omnino est *L. 9. ff.* ibi: *Nam utique mandatum non erit, L. 9. C. h.* verb. *erit igitur & post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.* Neque

que enim ea eſt vis ratihabitionis, ut negotia jam conſtituta, eorumque formas mutet & tollat, ſed tantum ut imperfecta & a futuro conſenſu ſuſpenſa ſuppleat. Si igitur ſemel negotium formam acceperit, eam ſecuta ratihabitio excutere amplius nequit. *dd. ll.* Neque id tantum obtinet, ſi formam legalem ſemel conceperit, ſed & ſi ſemel ex defectu conſenſus vitium contraxerit, nam nec hoc per ratihabitionem retro emendatur; uti nuptiæ ſine patris conſenſu contractæ per ratihabitionem retro non convaleſcunt, quia vitioſæ contractæ, non ſuſpenſæ ſunt. *pr. Inſt. Nupt. l. 68. Jur. dot. l. 13. §. 6. de Adult.*

OBJ. quod ratihabitio mandato æquiparetur. *l. 60. R. J. l. ſ. C. SC. Maced. l. 6. §. 9. h.*

RESP. Re integra, & ſuſpenſa: non ſi certa jam negotio forma data fuerit: nam nec ipſum mandatum formam negotii mutat vel exſtinguit. *B. Par. in Diſp. de clauſ. reb. ſic ſtant. &c. c. 2. ſ. 10. ſeq.*

Plurimum autem intereſſe ratione famæ vidimus ad *q. 4.*

QV VII. *Qualem culpam præſtet negotiorum geſtor?*

Laut. p. 71. verb. Regulariter ſufficit.

RESP. Leviſſimam; (1) per text. expreſſ. in §. *1. Inſt. Obl. quæ quaſ. ex contr. L. 24. C. Uſur. l. 25. §. 16. Fam. erc.* (2) Quia in omnibus negotiis alienis ultro ſuſceptis exactiſſima diligentia præſtari debet. *l. 21. C. Mand. l. 1. ſ. 35. Depoſ.*

OBJ. (1) *l. 20. C. h. t.* Ubi ille, qui ultro rem alienam adminiſtrandam ſuſcepit, non tantum dolum & latam culpam, ſed & levem præſtat.

RESP. Agitur de eo, qui geſſit res pupillæ, cum conſtitutus ejus tutor non eſſet: adeoque qui pro tutore geſſit; aliter enim nemo pupilli negotium gerit, præterquam ſi pupillus tutorem habeat, & hujus nomine alius gerit. *l. 6. pr. ff. h.* Reliqui igitur non niſi pro tutore gerunt, ſive ſciant ſive neſciant, ſe non eſſe tutores. *l. 1. ſ. 1. ff. Eo qui pro tut.* Et is quidem in aliis plurimis a vero tutore differt; *d. l. 20.* Sed in præſtanda culpa & diligentia ei plane comparatur; *l. p. Eo qui pro tut.* adeoque uti tutor, ita & ille, levem ſaltem culpam præſtat. *dict. l. 20.* Sed valde huic videtur

OBSTARE, quod opponantur in *d. l. 20.* invicem tutores & geſtores ultronei.

RESP. Non opponuntur in præſtatione culpæ, ſed in eo, quod ille omnia bona pupilli ſuſcipere debeat, hic vero tantum ea, quæ vult, *d. l. 20. in f.* & ratio differentiæ additur *d. l. 20. pr.* & *ſuperioribus quidem neceſſitas muneris adminiſtrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac ſatis abundeque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur.*

OBJ.

OBJ. (2) *L. 17. C. Neg. gest.* Ubi curatoris successores tenentur actione negotiorum gestorum utili, sed tantum propter dolum & latam culpam.

RESP. Singulare est in successoribus tutorum & curatorum, quia non succedunt in officio, adeoque nec in culpam, quæ ratione officii præstatur.

OBJ. (3) *L. 6. §. f. h.*

RESP. Ibi non quæritur ad quam culpam teneatur, sed ad quæ negotia; & dicitur tantum ad ea teneri, quæ suscipit, nisi alius vir diligens, omnia gesturus, ideo abstinuit.

OBJ. (4) *§. 1. in fin. Obl. quæ quasi ex contr.* Ubi tunc demum exactissima videtur requiri diligentia in negotiorum gestore, si alius diligentior actu concurrat, & gerentis intuitu abstineat.

RESP. Imo hoc fingitur, nec in textu dicitur alium in gerendo concurrere; sed & in *d. §. 1.* aperte regula ponitur, *quod ad exactissimam diligentiam compellatur reddere rationem.* Deinde quæritur, quæ sit exactissima diligentia? an, *si talem quis adhibeat, qualem suis adhibere solet?* quod negatur, *si alius diligentior commodius administraturus esset negotia;* i. e. si alius aliquis exactiorem diligentiam adhibere potuisset; Quæ proinde est certissima descriptio exactissimæ diligentiæ, qua scil. alia exactior dari nequit; & eodem modo describitur in §. 2. *Inst. Quib. mod. rec. L. 1. §. 4. O. A.* Neque vero ullibi media diligentia exactissima vocatur: Liquet vero, *d. §. 1.* non loqui de eo, qui actu concurrere voluit & non gessit, adeoque de quo nescitur quomodo foret gesturus; sed in abstracto de natura hominum, & naturali eorum potentia; & constat non posse videri exactissimam diligentiam, si quispiam alius, qui diligentior fuisset, potuisset rem exactius gerere.

OBJ. (5) Quod tutor non nisi levem præstet, *L. 1. pr. De tut. & rat.* qui tamen etiam est negotiorum gestor.

RESP. Imo non ultro suscipit, sed ex officii necessitate. *L. 20. C. h.*

OBJ. (6) Quod negotiorum gestor culpam dicatur præstare. *L. 11. ff. h.* Voce culpæ autem simpliciter posita intelligitur levis. *L. 3. §. 1. L. 6. Jur. ign.*

RESP. EXC. si certus culpæ gradus ex natura negotii definitus est, tunc voce culpæ simpliciter posita intelligitur ille gradus ex natura negotii definitus. *B. Par. Hyp. Inst. tit. de Obl. §. 12. & Coll. Jur. Contr. Struv. 2. §. 13.*

OBJ. (7) *L. 3. §. 9. h.* Ubi negotiorum gestor tantum ex dolo convenitur.

RESP. Non agitur ibi de negotio ultro, sed ex necessitate suscepto, re alioquin peritura, quo casu gestor non nisi de dolo tenetur.

Obj. (8) Quod ita nemo facile gesturus esset aliena negotia.

Resp. Si nulla est necessitas, merito sibi imputare debet gestor, quod alienis rebus se immiscuerit: Si est necessitas, latam saltem culpam præstat. *d, l. 3. §. 9. h.*

Atque hæc est communis Dd. sententia, *Struv. h. §. 56. ibique Mull. Bach. V. 1. D. 10. th. 5. l. c. Be.ens. L. 3. disp. 12. th. 3. Vinn. ad §. 1. Obl. quæ quasi ex contr. Harpr. ibid. Vultej discept. 15. pag. 136. Brunn. ad L 3. §. 10. h.* Qui variat ad *L. 20. C. h. Donell. L. 15. c. 15. Wissemb. ad L. 20. C. h.* Eamque in praxi receptam tradit. *Richt. p. 1. Cons. 16. Sixtin. V. 2. Cons. Marp. 20. n. 13.*

Dissent. *Eckolt. ad ff. §. 8. h. t.* refutatus a *Dn. Schwend. in not. ibid. Hæn. ad Inst. D. 17. th. 17. Goth. ad L. 11. h. l. q.* Consilium hac in re suggerit *Ill. Dn. Stryk d. §. 3. c. 1. §. 4.* ut per notarium & testes inquiratur in rei gerendæ necessitatem, hac enim probata gestor saltem ad latam tenetur. *L. 3. §. 9. h.*

Qv. VIII. *An negotiorum gestor interpellando debitorem ejus, cujus negotia gerit, eum constituat in mora?*

Neg. Nam nec suo nomine exigere potest, quia non est creditor, nec alieno, quia mandatum non habet, per *text. expr.* in *l. 6. ff. s. h.* Cum ergo petere non possit gestor, nec debitorem in mora constituit, per *l. 88. R. J.*

Inst. *Dn. Struv. Evol. ad th. 50. h. t.* Sufficere, quod hic nomine domini interpellet, ac dominus id postea approbet.

Resp. Imo id non sufficere, quia gestor non habet petitionem, *d. l. 5.* adeoque nec debitorem in mora constituit, *d. l. 88.* paria enim sunt non esse petitionem, & jure non esse.

Obj. Quod interpellationis effectus sit, ut aliquis in mora constituatur.

Resp. Verum hoc est, si fiat ab eo, qui jus petendi habet, *d. l. 88.* non ergo a gestore. *d. l. 6.*

Qv. IX. *An negotiorum gestor teneatur ad maximas usuras, si ipse pecunia Domini usus est?*

Laut. p. 73. verb. Maximas debet &c.

Aff. Nam hic instar prædonis est, *L. 6. §. 4. h. t.* dum propria autoritate pecuniam alterius invadit, eamque in suos usus convertit: hinc recte id in pœnam constitutum est in *L. 38. ff. h. t.* ibi: *cum integram & abstinentem omni lucro præstare fidem deberent, idque sub pœna maximarum usurarum. d. l.*

Obj.

Obj. *L. 10. §. 3. Mand.* ubi mandatarius pecuniam in ſuos uſus convertens ad ordinarias ſaltem tenetur.

Resp. Ibi mandato domini gerit, & vertendo eam in uſus ſuos non rapit pecuniam domino, ſed ab ipſo accepit, adeoque non habetur pro prædone, *d. l. 10. arg. l. 38.* etſi ex poſtfacto male adminiſtret.

Hodie uſuras centeſimas in hoc caſu adhuc obtinere teſtatur *Brunn. ad d. l. 38.* etſi in aliis negotiis fere ceſſent. *Brunn. ad l. 23. C. Uſur. Ranchb. L. 2. q. 26. n. 23.*

Obj. *L. 26. §. 1. C. Uſur.*

Resp. Non loquitur de uſuris ex legis pœna, ſed de uſuris ex ſtipulatione debitis, hæ, non illæ, per *d. l.* ſublatæ ſunt.

Qv. X. *An in dubio vitricus priviginis ſuis alimenta animo donandi, an vero repetendi dediſſe cenſeatur?*

Resp. Animo repetendi. (1) Quia ceſſat ille præſumtus affectus, & inde præſumta donatio, quæ in vero patre obtinet, *L. 15. C. h. t.* (2) Expreſſe dicitur in *l. 15. quod ſi non conſtet de animo donandi, vitrico competat repetitio,* adeoque regulariter præſumitur animus repetendi, donec probetur animus donandi.

Obj. (1) Vitricus eſt inſtar parentis.

Resp. Falſum quoad affectum. *Fink. O. 53. n. 33.*

Obj. (2) quod tum demum in *d. l. 15.* repetantur, ſi impenſæ eo animo, ut repetantur, factæ ſunt.

Resp. Imo ſemper repetuntur, donec conſtet de animo donandi.

Obj. (3) Quod in dubio ob odium ſecundarum nuptiarum magis favendum ſit priviginis, *l. 1. l. 2. l. 3. C. ſecund. nupt.*

Resp. Verum hoc eſt, ſi contra parentem ad ſecunda vota transeuntem agatur: Non vero ſi contra vitricum, in cujus præjudicium favor ille vergere nequit. Idque ita decidit *Struv. h. §. 54.* Atque communiter receptum eſſe teſtantur *Surd. de alim. tit. 6. q. 11. n. 4. Carpz. p. 2. c. 10. def. 25. Coler. de alim. L. 1. c. 4. n. 24. Fink. O. 10. Phil. Uſ. pr. Inſt. L. 3. Ecl. 92. n. 6. Gloſſ. ad l. 15. C. Neg. geſt.*

Exc. Niſi priviginus præſtiterit ſervitia vitrico. *Carpz. d. l. def. 26. n. 2. Phil. d. l. n. 8.* Modo ſervitia fuerint æqualia. *Brunn. ad d. l. 15. C. Col. d. l. n. 26.* Alia de repetitione alimentorum vide apud *Muller. ad Struv. d. l.*

LIB. III. TIT. VI.

DE CALUMNIATORIBUS.

Qv. I. *An actionis hujus usus adbuc sit in foro?*

Laut. p. 74. verb. Hodie hac actione.

RESP. Actio in quadruplum quidem (*Vid. l. 1. h.*) hodie non amplius competit, quia actiones privatæ penitus hodie cessant: quod evidentissimis rationibus, quæ a dissentientibus non tanguntur, probat *B. Par. Hyp. Inst. tit. de Act.* §. *22.* Indeque tantum agitur ad id, quod interest. Vid. *Grœnw. & Gudel. Alleg. loc. Duaren. ad h. t. Struv. h.* §. *60.* ibique *Menoch. & Cujac. Jus Wurtemb. p. 1. t. 9.* At calumniatori pœnam infligere ultra id, quod interest, omnino licet. *Struv. d. l. Jur. Wurtemb. d. l.* Quin criminaliter quoque calumniatorem conveniri posse recte monet *Laut. h. in f.*

Qv. II. *An condictio ob turpem causam concurrat cum actione de calumnia elective an cumulative?*

Laut. pag. 74. verb. Et hæc non tollit illam.

RESP. Si prius condictione agitur, hæc non tollit actionem de calumnia in totum, sed quatenus hæc pœnalis est (scil. quoad triplum, *l. 1. l. 5.* §. *1. h. t.*) adhuc intentari potest, quia res & pœna invicem se non consumunt. *l. 34.* §. *f. O. A. l. 2. pr. priv. del.*

Si e contrario actor prius egit actione de calumnia in triplum *L. 1. h. t.* non amplius agere condictione poterit, quia priori actione non tantum pœnam, sed & rem consecutus est. *L. 5.* §. *1. h.* Adeoque eandem rem alia actione consequi nequit: cum duæ rei persecutoriæ nunquam concurrant. *d. l. 34.* §. *1. L. 41.* §. *1. O. A.* Hinc jam non

OBST. *L. 5. h.* ibi: *puto alterutram sufficere.*

RESP. Loquitur de rei persecutione, nam quantum rei persecutionem attinet, alterutra sufficit, & alia quæstio est, quando alterutra rei persecutionem consecutus est, an adhuc altera agi possit? & tum nostra distinctio valebit: Neque ea quæstio deciditur in *d.* §. *1.* Vid. omnino *Struv. h.* §. *60.*

OBJ. *L. 7. pr. in f. h.* ubi & condictio datur & actio in quadruplum.

RESP. Imo sola actio in quadruplum ibi datur ei, qui calumniam passus est, condictio autem datur alii, qui aliquid dedit, ne mihi negotium facessat, adeoque hoc casu quadruplum illud est mera pœna; hodie vero quadruplum cessare dictum *est ad q. 1.*

LIB. IV.

LIB. IV. TIT. I.

DE IN INTEGRVM RESTITVTIONE.

Qv. I. *An restitutiones ex* L. 2. C. rescind. vend. L. 31. de Jurej. & L. 33. de re jud. *sint ex jure civili?*

NEG. Sed omnes restitutiones sunt ex jure prætorio: Nam (1) restitutiones inventæ sunt contra juris civilis rigorem, quem prætor ex æquitate naturali mitigabat: *l.* 1. *ff. restit. in integr. & l.* 3. *l.* 5. *Eod.* (2) Contradictio esset negotium jure civili validum esse, & eodem jure civili rescindi; sed prætoris hoc officium est: *dd. ll.* Idque (3) evidenter quoque probatur inde, quod jam ante dictam *l.* 2. enormis læsio justa restitutionis causa fuerit, *l.* 54. *Contr. emt. l.* 12. §. 1. *Jur. dot.* Adeoque ea non demum ab Imperatoribus in *d l.* 2. noviter introducta, sed olim jam in genere recepta, & per dictos Imperatores exposita, confirmata, & ad certum læsionis modum redacta fuit. *B. Par. Disp. de Remed. Leg.* 2. *th.* 15. *& Disp. de Rem. l.* 3. *C. Comm. Utr. jud. S.* 1. *th.* 5. *&* 6. Idem quoque (4) de restitutione ex *L.* 31. & *l.* 33. dicendum; hæc enim ante dictas leges fieri ex arbitrio judicis poterat, vi clausulæ restitutionis generalis *si qua justa causa mihi fuerit. L.* 1. §. 1. *L.* 26. §. *f. ex quib. caus. Maj.* Sed per dictas leges illæ causæ in specie definitæ, & confirmatæ sunt, indeque jus prætorium legibus saltem explicatum magisque definitum est.

Dissent. Laut. pag. 74. *verb. Hæc iterum vel civilis.*

Effectus insignis est; nam hæ quoque restitutiones non finiuntur 30. annis, uti finirentur, si essent remedia juris civilis, sed quadriennio. *L. f. C. ex quib. Caus. Maj. l. f. C. de temp. in integr. restit.* Equidem cum in *d. l.* 2. novi aliquid, scil. ut læsio enormis ea sit, quæ duplum excedit, constitutum sit, sequitur in casu quando actor contendit, se ultra duplum læsum esse, posse quoque condictione ex *d. l.* 2. vel potius actione emti venditi agi, atque ita remedium civile cum prætorio concurrere; & tum si actor civili agat, non nisi 30. annis id finietur. *Laut. p.* 350. *ubi de praxi testatur. Stryk. U. M. h. ibique Dd.*

Qv. II. *An restitutio jure Codicis a quocunque magistratu impetrari potuerit?*

AFF. Modo jurisdictionem civilem habuerit. *L. f. C. Ubi & apud quem.* qua derogatum est *dictæ l.* 26. indeque non amplius est magis imperii. Quod etiam

Laut. pag. 75. *verb. Hodie omnes.*

etiam praxi confirmatum eſt. *Odd. de reſtit. p. 1. q. 32. art. 4. Weſ. h. pr. Struv. Ex. 8. §. 4. Stryk. U. M. h. §. 6. & 7.*

EXCIPIUNTUR (1) arbitri *d. l. f. c. p. x. Reſtit. in integr. C. J. A. h. t. th. 8. Odd. p. 1. q. 32. art. 8.* (etſi læſio coram arbitro contingat: *Diſſent. Odd. d. art. 8. n. 78.*) niſi quæſtio incidens ſit. *c. f. x. h. Wurmſ. O. 3.* (2) judices pedanei, niſi quatenus ab eis dati ſunt, qui propriam jurisdictionem in his cauſis habent, juxta *d. l. f.* At (3) mandatarii poſſunt, ſi ad omnes cauſas dati ſint, vel hæ cauſæ ſpecialiter iis mandatæ, vel quæſtio incidens ſit. *dict. l. f. c. 10. X. reſtit. in integr.*

Qv. III. *An judex contra propriam ſententiam aliquem reſtituere poſſit?*

Laut. pag. 75. verb. etiam contra propriam.

AFF. Per text. expr. in *L. 16. §. f. l. 17. L. 42. Min.* Idque praxi Cameræ obſervari ait *Bluhm. proc. Cam. tit. 57. §. 5.* Ubi tamen hoc limitat, modo ſit judex ordinarius non delegatus, qui ſi ſemel pronunciavit, finita eſt ejus jurisdictio. *Bluhm. d. l. & tit. 56. §. 24.*

OBJ. (1) Quod nemo poſſit eſſe judex in propria cauſa.

RESP. Magiſtratus reſtituens non judicat hic in propria cauſa, neque pars allegat iniquitatem ſententiæ, ſed vel errorem, vel adverſarii dolum &c. *d. l. 16.*

OBJ. (2) Quod judex amplius corrigere ſuam ſententiam non poſſit. *L. 55. de re jud.*

RESP. Non poteſt eodem judicio, quippe quod ſententia jam finitum eſt; At hic novum & ex nova cauſa læſionis inchoatur judicium, de qua idem judex cognoſcit. Non enim judex, etſi in uno judicio ſententiam dixerit, impeditur in alio quoque judicio ſententiam dicere; &, ſi allegatis aliis cauſis cognoverit ſententiam, priori judicio latam ſubſiſtere non poſſe, eam reformare.

Qv. IV. *An actio reſciſſoria, vel actio quod metus cauſa &c. in foro ſpeciali rei ſitæ inſtitui poſſint?*

Laut. p. 75. verb. vel in reſciſſoria.

RESP. Non ſimpliciter, ſed ſi contra poſſeſſorem dentur; *L. f. C. ub. in rem. act.* Nam actio reſciſſoria eſt ipſa actio quæ amiſſa eſt, adjecta ſaltem nova qualitate reſciſſoriæ actionis, quia ex reſciſſione negotii reſtituitur. Hinc qualitas ea poteſt accedere tum *reali* actioni, quo caſu contra omnes poſſeſſores datur, indeque in foro rei ſitæ inſtitui poteſt, *d. l. f.* tum *perſonali*, ut ſi agatur ex delicto, & v. g. propter dolum, metum &c. tunc inſtitui poteſt in loco delicti, non rei ſitæ. Idem eſt in actione quod metus cauſa, quæ intentatur

etiam

etiam in loco rei ſitæ, ſi ea contra tertium poſſeſſorem, non vero ſi contra ipſum metum inferentem ex delicto agatur.

Qv. V. *In quo loco reſtitutio peti poſſit?*

RESP. In foro communi domicilii indiſtincte poteſt; in foro contractus vero tum, cum reſtitutio actione ex ipſo contractu petitur. *Diſp. B. Par. de Fun. dat. in territ. jurisd. ſect. 4. §. 16.* Contrahens enim ideo ibi convenitur, quia contrahendo in locum conſenſit, & in hoc facto ſe ei loco ſubjecit, ergo quicquid ea actione movetur de hoc contractu, ſive ut impleatur, ſive ut reſcindatur, ibi decidi atque cognoſci poteſt. Atque ita *Praxi* obtinere ajunt *Coler. Proc. exec. p. 2. c. 1. n. 24. & 44. Covar. 1. Var. reſ. 4. n. 1.*

Laut. pag. 75. verb. Modo cauſa illarum jurisd. &c.

DISSENT. *Struv. h. th. 4. & Laut. h. p. 75.*

Secus ergo ſi actione ex contractu reſtitutio peti non poteſt, ſed v. g. ex capite minorum &c. jam enim ratio ceſſat, quod contrahendo in hunc locum conſenſerit, utpote cum jam non actione ex contractu ſed alia actione, contra contractum agatur; deque hoc caſu agit *L. 2. C. Ubi & apud quem:* Conf. *dict. Aut.*

OBJ. (1) *L. 14. §. 4. C. Non num. pec.*

RESP. Illam agi de exceptione quæ actioni opponitur, & ſic neceſſario in eo loco fieri debet ubi actio intentatur, quia non poteſt alibi exceptio intentari. *dict. diſp. ſect. 4 §. 16.*

DISSENT. (2) *Alciat. in c. 1. n. 23. in f. x. de judic.* per *L. 27. ff. Condict.* ubi ubique repeti quid poteſt, ubicunque invenitur.

RESP. Hoc inde eſt, quia per errorem ibi res geſta & pecunia ſoluta eſt, error autem excludit conſenſum ſe obligandi, nedum ſe obligandi ad certum locum. *dict. ſect. 4. §. 16.*

Qv. VI. *An procurator generalis cum libera poſſit reſtitutionem in integrum petere?*

NEG. Sed ibi ſpeciale mandatum requiritur. *L. 25. §. 1. L. 26. Min.* Hinc *ſup. l. 3. t. 3. q. 10.* jam dictum eſt procuratorem univerſalem id non poſſe, qui idem eſt cum procuratore cum libera: *ſup. l. 3. t. 3. q. 1.*

Laut. pag. 75. verb. vel cum generali &c.

Qv. VII. *An privilegium reſtitutionis ſit reale an perſonale?*

RESP. reale, nam & datur ſucceſſoribus & fidejuſſoribus. Vid. *ſup. L. 1. t. 4. q. 4.* ubi *Lauterbachium* tanquam diſſentientem allegavi, cum quo convenit *Carpz. proc. tit. 17. a. 2. n. 28.* Alii privilegium reſtitutionis mixtum eſſe ajunt. *Carpz. d. l. n. 44. & p. 2. Reſp. 98.*

Laut. p. 75. verb. & Succeſſoribus.

Qv. VIII. *An contra parentes quoque restitutio detur?*

Laut. pag. 75. verb. Parentes.

NEG. *L. f. C. Qui & adv.* quia arguitur his remediis magna iniquitas, adeo, ut ideo negotium, etsi jure validum, rescindendum sit, quod cum reverentia parentibus debita pugnat. *d. l.* Atque hoc verum est, si immediate contra patrem, ejusque factum, agitur; *Stryk. de U. M. tit. de Min. §. 12. Struv. Ex. 8. th. 56. ibique Dd.*

DISSENTIT *Dn. Berger. ad L. 2. C. Qui & adv. & in resol. ad Laut. tit. de Min.* propter *L. 11. ff. l. 5. C. dol. mal.*

Secus si contra alium, & v. g. (1) patris creditorem agatur, qui pignus vendidit; vel (2) contra judicem, qui pro patre sententiam dixit. *L. 2. C. si adv. rem jud.* (3) Contra donatarium, qui a patre accepit, *L. 2. C. si adv. don.* (4) Si filius arrogatus se læsum ex arrogatione dicat, quia hac ipsa restitutione relatio seu respectus patris tollitur. *L. 3. §. 6. Min.* (5) Si contra patrem præscribentem allegatur impedimentum legale. *arg. d. l. f.* cum neutiquam hic attingatur factum patris. (6) In casu *N. 55.* si contra vitricum vel matrem ad secunda vota transeuntem petat restitutionem: Qui proinde textus omnes nihil obstant.

Qv. IX. *An restitutio quoque detur ob minimam læsionem?*

Dissent. Laut. pag. 75. verb. Dummodo læsio sit alicujus &c.

AFF. per *L. 4. h.* ubi exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, *L. 6. Min. L. 22. damn. inf.*

EXC. (1) Si majori negotio sit præjudicium, *d. l. 4.* junct. *L. 21. de Except.* Uti cum quis ædes cum hortulo emit, & in horti quantitate læsus sit, iniquum esset ideo restitutionem totius negotii fieri. (2) Restitutio ex capite doli præcise requirit excessum duorum aureorum, *L. 9. §. f. L. 10. de dol. mal.* ne alterius fama ob rem modicam periclitetur. (3) In emtione quoque non datur restitutio nisi ex enormi læsione, propter incertum rerum pretium. *L. 54. Contr. Emt. junct. L. 2. C. resc. Vend.*

LIB. IV. TIT. II.

QVOD METVS CAVSA GESTVM, etc.

Qv. I. *An edictum hoc detur propter vim ablativam, expulsivam & turbativam?*

Laut. p. 76. verb. Quo ipso excluditur.

AFFIRM. (1) quia omnis ea vis etiam compulsiva esse potest, & quis compelli, ut rem mobilem relinquat, re soli decedat, vel aliquid patiatur, aut

aut fileat; toties autem reftitutio datur, quoties patientia vel facto patientis aliquid amiffum eft, *L. 1. L. 3. pr. h.* (2) in *L. 9. pr. h.* expreffe deciditur vim expulfivam fufficere.

Hinc ergo dicimus, fi metu compulfus aliquis loco deceflerit, huic edicto locum effe, ut & fi quis alii rem mobilem auferat, cogendo eum ut det. Item fi quis contradicente domino ædificet, eumque cogat filere & pati, quæ eft vis turbativa, nemo negabit reftitutioni locum effe, cum omnibus his cafibus alter vi compulfus fit.

OBJ. *L. 14. §. 12. l. 5. Vi arm.*

RESP. Furtum & dejectio non eft, fi ipfe patiens dat, at metus eft *l. 9. in f. h.*

DISSENTIT quoque *Dn. Stryk. in U. M. h. §. 1.* & putat furti aut vi bonorum raptorum actionem hic dari.

Qv. II. *An contractus bonæ fidei vi & metu initus ipfo jure fubfiftat?*

AFFIRM. (1) per text. expr. in *L. 21. ff. Quod m. c.* (2) quia omnia requifita confenfus adfunt, ex quo, prout inter partes placuit, jus oritur. Neque enim (3) vis ac metus voluntatem tollunt, quia vere vult, qui pro præfenti rerum ftatu aliquid decernit, etfi alio ftatu nollet, voluntas enim uti variis modis v. g. fame, fiti &c. excitatur, ita etiam neceffitate. Quin (4) eo enixior eft voluntas, quæ neceffitate movetur, & hoc majori ftudio velle videtur, exemplo nautæ, qui egreffus portum a piratis infeftatur, & fummo ftudio allaborat, ut in priftinum portum fefe reciperet, licet fi liberum fuiffet, aliorfum vela flexiffet. Ita fi quis in periculo naufragii conftitutus merces ejicit, in præfenti ftatu vult ac confentit, licet, fi extra periculum fuiffet, noluiffet: Et hoc eft (5) quod expreffe dicitur in *d. l. 21. Quamvis fi liberum effet noluiffem, tamen coactus volui.* Atque hæc (6) gentium quoque fententia fuit. Ita Cæfar captus cum pro libertate promififfet talentum, ftetit promiffis, mifitque talentum: *Vellej. Paterc. lib. 2. Plut. in J. Cæf. in pr. Suet. in Jul. Cæf. c. 4.* Ita Regulus juramentum de revertendo fervavit. *Cic. l. 1. Off. c. 13.* Et Pomponius tribunus pactum vi extortum implevit apud *Liv. l. 7. c. 5.* De captivis ex clade Cannenfi Romam miffis, fidemque datam violantibus, vide *Gell. 7. N. A. 18. Liv. L. 22. in f.* Alia vide apud *B. Par. in Difp. de Amneft. S. 1. §. f.*

Laut. p. 77. verb. Nam quæ metu.

DISSENT. *Grot. L. 2. c. 13. §. 14. ibique Tesm. p. 198. & ad 2. 11. §. 7. lit. l. Grot. L. 3. c. 19. §. 2. feq.*

OBJ. (1) *L. 116. R. J. Nihil confenfui tam contrarium eft, qui bonæ fidei judicio fuftinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores eft.* Sed late

late hæc resolvuntur a *B. Par. in Disp. de Jur. Pœnit. in contr. Sect. 1. §. 13. & 14.* Nam distinguendum ante omnia est inter *voluntatem* & *libertatem*, quod (1) *illa* in allubescentia, qua quis decernit rem in præsenti statu amplecti, consistat; *dict. S. 1. §. 4. hæc* vero facultatem agendi ut lubet inferat. *d. S.* 1 *§. 3.* Hinc (2) *Libertatis* substantiæ repugnat necessitas, quippe cum per hanc tollatur illa libera facultas agendi ut lubet, *d. S. 1. §. 8.* non vero *Voluntatis*; nam mortem concupiscere possumus, licet necessaria sit. *S.* 1. *§. 5. & 16.* Interim tamen concludit *B. Par. d. S.* 1. §. 10. in jure plerumque *libertatem consensui* junctam esse debere, quia homini facultas de rebus suis disponendi alterius injuria auferri vel minui non debet, *dict.* §. 10. & §. 17. Indeque in jure voluntatem passim liberam, & liberum arbitrium vocari. *dict. S. 1. §.* 12.

Atque hoc modo facile apparet in *d. l.* 116. per consensum intelligi voluntatem liberam, vel ipsam ejus libertatem, quia hæc regulariter in contractibus consensui juncta esse debet, quo sensu etiam in *L.* 1. *ff. Quod met. c.* dicitur, *vi necessitatem imponi contrarium voluntati*; Et in hac significatione verum est consensui & voluntati nihil tam contrarium esse quam vim ac metum &c. Quod secus est si consensus ac voluntas ex substantia sua accipiatur, ut in *L.* 21. *§.* 4. *Quod met. caus.*

Obj. (2) Quod ejus sit nolle, qui potest velle. *L. 3. de R. J. l.* 12. §. 3. *Cap. & postl. L. 4. l. 18. ff. acquir. hær. dict. Sect.* 1. *§. 2.* Et §. 14. Sed huic late

Respondet *B. Par. d.* §. 14. Nam (1) falsa est illa regula de voluntatis substantia, cum velle aliquis possit, etiamsi necessario agere debeat. Adeoque (2) illa intelligenda itidem est de ratione juris, ubi voluntas cum libertate intelligitur, libere enim velle nequit, nisi cui liberum est nolle. §. 17. (3) Admittendæ quoque sunt illæ regulæ de casu, ubi aliquis velle non potest; Uti si est infans, furiosus, captus, hic enim recte concluditur, quod illi velle non possint, qui nec dissentire; atque ita pater captus nuptias filii velle non potest, cum nec dissentire valeat. *d. l.* 12. (4) Veræ quoque sunt illæ regulæ de actibus elicitis voluntatis, hi enim cum in nobis siti sint, cogi non possunt, licet actus imperati omnino cogi possint. *§.* 19. Atque hinc (5) recte dicitur in *d. l. 4. & l.* 18. quod nemo adire hæreditatem possit nisi & repudiare, tum quia hic quoque voluntas libera requiritur, vi cujus proinde liberum hæredi esse debet, velle & nolle *d. S.* 1. §. 20. tum quia alias illa repudiatio hæreditatis actu nondum delatæ incideret in pactum de futura hæreditate, indeque in votum captandæ mortis. *d. S.* 1. §. 21.

Obj. (3) Quicquid contra bonos mores est, est ipso jure nullum, *l. 5. C. R. J.* atque vim & metum comprobare contra bonos mores est. *d. l.* 116.

Resp. Ne comprobatur vis & metus, sed propter injustitiam rescinditur

tur illud negotium, *d. S.* 1. §. 11. quod propter consensum ipso jure subsistit: Neque de re sed de modo agitur.

OBJ. (4) Quod dolus vitiet negotium, per *L.* 16. §. 1. *Min. l. p. de dol.* Multo magis ergo vis & metus.

RESP. Ratio differentiæ est in ignorantia, quæ conjuncta est cum dolo, non cum metu, qui enim dolo decipitur, hactenus ignorat, adeoque non consentit negotio, neque illud scire potest. *l.* 1. *ff.* 2. *dol. mal.* Sed qui cogitur, ille scit quale negotium contrahitur, indeque ex suo contractu plene obligatur.

INST. Quod etiam actio de dolo contra cogentem detur. *l.* 24. §. 13. *Quod m. c.*

RESP. Dolus accipitur vel generaliter pro omni eo, quod contra æquitatem naturalem fit, *Laut. p.* 617. vel specialiter pro deceptione: priori sensu concurrit quoque cum metu, uti cum omni delicto; non posteriori.

INSTO porro: Omnis vis dolum continet, *l.* 2. *Vi bon. rapt.* ergo non sunt distincta.

RESP. Generalem dolum continet, non verum illum in specie sic dictum, quo quis in negotio deceptus est, & qui pro ignorantia habetur.

INSTO ulterius: Etiam metui inesse ignorantiam. *L.* 14. §. 3. *Quod met.* adeoque eadem ratio videtur quæ in dolo.

RESP. Imo quod vis illata sit, novit quidem ille, qui vim passus est, (secus ac is, qui in negotio deceptus est,) non autem regulariter a quo illata, tum quia ignoti vel occulti sæpe & larvati esse solent, tum quia præ trepidatione mentis non satis dignosci possunt.

OBJ. (5) *L.* 6. *in fin. Aq. Hær.* ubi ille, qui coactus adit hæreditatem hæres non fieri dicitur.

RESP. Hæres non fit cum effectu, quia, uti egregie id explicatur in *l.* 85. *Eod.* datur ei abstinendi facultas.

OBJ. (6) *L.* 1. *C. rescind. Vend. Authent. Sacram. publ. C. si adv. vend. l.* 22. *Q. met. caus.* Ubi venditio coacta dicitur irrita & nullius esse momenti.

RESP. Quoad effectum, quia rescinditur; rescindi vero & nullum esse, promiscue sæpe accipi patet ex *l.* 2. *C. act. Emt. tt. ff. de sent. quæ sine appell. rescind. l.* 5. *pr. ff. vi Publ.*

OBJ. (7) *L.* 9 *pr. l.* 17. *qui & a quib.*

RESP. Speciale est in manumissione, hæc si metu facta est, ideo non

 valet,

valet, quia si semel servus liber factus esset, non daretur restitutio contra libertatem.

OBJ. (8) Quod matrimonium quoque nullum sit, si coactum est.

RESP. Quia nec contra matrimonium semel validum daretur restitutio.

OBJ. (9) *L. p. furt.*

RESP. Loquitur de metu reverentiali, qui injustus non est, adeoque restitutio propter eum non datur. *Fach. L. 2. tit. 1. c. 96.*

OBJ. (10) Quod non valeat negotium, si testes detenti ac inviti adsint testamento.

RESP. Quia ad formam & solennitates testamenti requiritur, ut vocati testes ultro adsint, quæ solennitas deficit, si detenti & inviti ibi sint.

OBJ. (11) Quod coactæ dispositioni videatur inesse clausula *rebus sic stantibus*; indeque cessante necessitate ipsa deficere dispositio videri posset; ex quo capite Galliarum Rex Edictum Naneticum sustulit.

RESP. Illa clausula cessat, quoties dispositio in præsens omne jus transfert: Nec unquam intelliguntur res desinere in eodem statu esse, nisi eo, quod ad substantiam pertinet, mutato: Denique statum nunquam mutari in pactis pro securitate conscientiarum initis late demonstrat *B. Par. in Disp. de Claus. rebus sic stant.*

Hodie quoque tale negotium vi & metu contractum ipso jure subsistere dubium non est: Varias Dd. opiniones vide apud *Stryk. U. M. h. § 2. Gail. 2. O. 39. n. 4. Menoch. Cons. 2. n. 242. Surd. VI. c. 37. n. 19.* Quantum vero intersit, an actio ipso jure subsistat, vidimus *sup. l. 2. t. 14. q. 18.*

QV. III, *An duo sint judicia seu remedia in restitutionibus in integrum, rescindens & rescissorium?*

Laut. pag. 77. verb. Practici dividunt.

RESP. Pervetusta plane interpretum sententia est, duo distincta esse remedia, & quæ foro recepta, & diu extra controversiam fuit. Recesserunt inde Neotericorum quidam, qui veteres eo errasse opiniantur, quod non adverterint, in omni actione speciem quandam duplicis judicii fuisse, cum aliud apud Prætorem, aliud apud judicem pedaneum ageretur, & illud in jure, hoc in judicio, data a Prætore actione, fieri diceretur. Eodem modo existimant, rescissionem consistere in hac datione actionis, & totam restitutionem hac unica actione absolvi. *Vinn. Lib. 1. quæst. 10. Bokelm. ad ff. de restit. in integr. n. 5.*

§. 2. Vereor autem ne multo longius ipsi quam Veteres a vero abeant, distri-

discrimen eorum, quæ in jure & in Judicio, ubi eadem quæstio, causa, & actio est, fiunt, cum discrimine rescindentis & rescissorii remedii, ubi omnia ista secus sunt, nimirum commiscendo; inprimis cum distinctio eorum, quæ in jure & judicio fiunt, adeo trita & vulgata, & Veteribus quoque satis perspecta fuerit.

§. 3. Qua re motus *B. Parens in Disput. de differentia judicii rescindentis & rescissorii*, communem receptamque sententiam exposuit, sed & ita temperavit, ut distingueret, utrum quod amissum est, & ex edicto restitui petitur, res sit, an actio? *Priori* casu v. g. Mula dolo tuo amissa, non opus est duplex remedium statuere sed unica actione doli a prætore data damnatus teneris mulam restituere, totaque eo ipso controversia finita, nec ulla lis, actio vel quæstio de mula superest.

§. 4. *Altero* vero casu (de quo veteres, licet non adeo distincte, locuti sunt.) Si actio, v. g. emti, qua fundum a te petebam, dolo tuo amissa, tibive remissa sit, duplex omnino judicium videtur, scil. actio doli, qua petitur restitui amissa actio emti, & deinde ipsa hæc actio emti, quæ amissa fuerat, & actione doli repetitur ac restituitur. Hæc igitur utique actio ex emto amissa & restituta alia est, ac actio de dolo, qua petita est restitutio. Etenim actio emti in hoc casu illud ipsum est, quod in priore equa, nimirum id, quod dolo amissum repetitur: Si ergo dixeris, hoc casu actionem emti esse ipsam actionem doli, necessario quoque dicendum tibi est, equam esse ipsam actionem doli.

§. 5. Manifestius hoc fiet, si uterque casus jungatur tali specie: Debes mihi fundum ex emto; in via mihi obvius metu vel dolo efficis, ut tibi & actionem emti & equam, qua vehor, cedam: tum quod amisi, actione doli a te peto; id vero est actio emti & equa. Si jam actio hæc emti est ipsa actio doli, etiam mula erit. Ad oculum hoc ita patet: Esto, quod ita metu vel dolo amissum, A. & M. (i. e. actio emti & mula) repeto itaque, actione doli a Prætore data, A. & M; damnatus tu teneris restituere A. & M. Quæro hoc quod amissum est, quod repeto, quod restituere debes, scil. A. & M. sitne ipsa actio doli, nec ne? Si affirmes, Mula quoque erit actio doli; si neges, nec Actio emti erit: Utrumque enim id est, quod dolo amisi, quod actione doli repeto, & quod eadem actione restituis.

§. 6. Neque vero uti in priori casu, quo res repetitur, te actione doli damnato, lis tota finita est, *sup.* §. *3.* ita & in hoc altero casu finita erit, cum actio repetitur: Hæc enim restituitur in eo statu, in quo ante fuit, *L. 24. §. 4. ff. Min.* neque plus per edictum restituitur, quam per dolum amissum est; *l. 26. §. 7. §. 8. ff. Ex quib. caus. Maj. l. ult. ff. de in integr. rest.* scil. actio emti: hæc igitur adhuc in judicio intentanda, tuæ ibi exceptiones integræ, harum adeo

causa cognoscenda, & de iis adhuc pronunciandum est. Ecce te actione doli jam damnato, superesse integrum hic judicium emti pariter per sententiam finiendum.

§. 7. Cui rationi firmandæ & illustrandæ exemplum addo, quo fundum in diem vel sub conditione a te emi, tuque metu vel dolo me adigis, ut tibi cedam: nam actione doli consequor, ut rescissa cessione actio emti mihi restituatur, qualis ante fuit, scil. in diem vel sub conditione. Tantum igitur abest, ut actione doli contineatur hæc actio emti, ut illa jam decisa hæc ne quidem adhuc intentari queat, sed dies & conditio, forte per plurimos adhuc annos expectanda, ac tum demum cognoscenda & finienda sit.

§. 8. Vides igitur, quam hæc sint distincta judicia, quæ & causa, genere, quæstione, petitione, & omnibus aliis differunt. *Actio* enim *doli* ex delicto est, *emti* ex contractu: *Illa* arbitraria, *l. 18. pr. ff. dol. Mal. hæc* bonæ fidei, *§. 28. Act.* in *illa* quæritur, an tu cessionem actionis mihi metu vel dolo extorseris; in *hac* an fundum recte a te emerim: In *illa* petitur rescissio factæ cessionis, in *hac* ut fundus emtus tradatur: in *illa* sententia fertur ad rescindendam cessionem & restituendam actionem emti: in *hac* ad fundum tradendum & pretium solvendum. Taceo alia innumera, quibus differunt; ut quod illa infamiam irroget, quod biennio continuo finiatur &c. Secus ac altera, quæ late exposita sunt in *dict. disp. de diversit. jud. rescind.* Atque hæc vel ratio, vel sensus communis abunde docent & probant, ut non opus sit pluribus legibus id ostendere: quæ tamen & ipsæ allegatæ sunt in *dict. disp.* de quibus deinceps.

§. 9. Hinc vero (1) facile apparet, quale sit quod dissentientes dicunt rescissionem seu restitutionem consistere in ipsa datione actionis. Hoc enim nec de casu *priori* dici potest, nec de *posteriori*. Non de priore quo res amissa est, quia ibi rescissio seu restitutio negotii non fit data actione, sed secuta sententia; non enim potest ob dolum rescindi negotium, nisi dolus probetur, quia plenissime probari debet, *L. 7. in f. ff. Dol. mal.* quod fiebat coram judice pedaneo, & is demum per sententiam rescindebat. Nedum de posteriore casu, quo actio amissa est, nam tum non tantum sententia in causa doli, sed & in causa emti sequitur.

§. 10. Porro apparet (2) non satis perspectam videri mentem veterum, cum iis opponitur, non præcessisse decretum de rescindendo quod gestum est. *Vinn. dict. q. 10.* Hoc enim non est, in quo quæstio præcipue vertitur; Sed ita se res habet, ut re amissa verum quidem sit, non necessarium esse prævium decretum rescindendi, sed posse tamen eadem sententia præmitti: Hinc in causa domus metu promissæ ac traditæ ita pronuntiari potest: Daß der angegebene Contract zu cassiren, und Beklagter das Haus zu restituiren schuldig seyn solle: Vel:

Vel: Daß Kläger in integrum zu restituiren, und Beklagter das Haus zu restituiren schuldig sey: in quibus causis decretum rescindendi præmittitur: Vel, eo omisso hac formula: Daß Beklagter das Haus gestalten Sachen nach zu restituiren schuldig sey: Ubi decretum rescindendi expressum non est, sed supponitur, & implicite continetur, ac per se subintelligitur, cum reus non potuerit ad restitutionem condemnari, nisi recisso negotio. *Vid. B. Par. disp. de Cum. pet. & poss.* §. *13.* optime rem decidit *B. Stryk. U. M. h. §. 6.*

§. 11. In altero vero casu, ubi actio dolo vel metu amissa restituenda est, actor equidem potest, si velit, primum actionem de dolo &c. intentare, quod & aliquando necessarium est, ut in specie *§. 7. sup.* cum actio emti in diem est, vel sub conditione, ea vero nondum venit vel exiftitit. In causa enim actionis ex capite doli restituendæ, eædem sunt formulæ ac ante, scil. *ut negotium cassetur, & actio restituatur*, vel cassatione omissa (quæ tamen implicite tum continetur) *ut actio restituatur.* At tum si adhuc impugnetur emtio, hujus deinde causa quoque cognita, sequi necessario alia sententia debet de fundo restituendo *sup.* §. *6. & 7.*

§. 12. Hæc ita si actor actionem de dolo prius instituat, vel ultro vel quia actionem emti, ubi dies ejus necdum venit, instituere nondum potest: Verum potest & actor si velit utrumque remedium eodem judicio cumulare; etsi enim de jure civili dubitetur, jure tamen canonico & usu fori actiones præparatorias ac principales cumulari posse ambigendum non est, per *c. 6. x. de Caus. poss. & propr.* Neque quicquam impedit, cum fiat per formulam, quæ infert cumulationem successivam; ita ut hæc omnia juxta *d. c. 6.* una sententia expediri, & eadem, tum rescissio negotii, tum restitutio actionis amissæ, tum ipsius denique rei, tali formula in prædictio exemplo cessæ dolo seu metu actionis emti, comprehendi possint: In Sachen ꝛc. Wird zuvorderst die von Beklagten angezogene cessio actionis hiermit cassirt, und Kläger deren ungeacht mit seiner Klage zugelassen, auch NB. daraus nunmehro zu Recht erkannt, daß Beklagter das verkauffte Haus dem klagenden Käuffer zu räumen und zu liefern schuldig sey.

Sed nec opus quidem est, hæc omnia exprimi, sed vel ultimum sufficit, daß Beklagter das Haus zu liefern schuldig sey, reliqua enim implicite continentur, quippe quæ necessario inferuntur ex condemnatione ad tradendam rem emtam, quæ fieri non potest, nisi cessione rescissa & actione restituta: hoc ergo supponitur, & tacite sententia continetur. *Ferrariens. ex communi opin. in forma restit. in integr. 41. V. 15. n. 2. Goth. ad l. 1. ff. inoff. testam.*

§. 13. Equidem si possessorium & petitorium ita cumulentur, & una sententia decidantur, provisum est in *d. c. 6.* ut prius de possessione pronuncietur, sed id inde est, quia præstationes possessorii & petitorii sæpe diversæ sunt, nec alte-

alterum ex altero semper sequitur vel infertur, unde de utroque remedio seorsim pronunciandum est: Quæ ratio cum in rescindente & rescissorio judicio cesset, videntur formula de re tradenda cætera omnia comprehendi & explicari posse.

§. 14. Unde liquet, quam a jure, a rationibus fori, a sententia veterum interpretum, remotum sit, quod in contrarium urgetur, non requiri ut decretum præcedat, & separato judicio seu processu res peragatur. Hoc enim non quæritur, nec id statuerunt veteres interpretes, cum contra usus fori fuerit, cumulari has actiones, & ejusdem sententiæ compendio finiri, sed quæstio est de identitate, ut ita loquar, remedii; an unum idemque, an duplex remedium sit, rescindens & rescissorium? non an eodem judicio & processu cumulari utrumque possit. Et hæc sententia Neotericorum, utrumque remedium commiscentium, non potest non infinitam rerum juriumque confusionem inducere, & induxit in simili exemplo querelæ inofficiosi testamenti & petitionis hæreditatis, ut patet collatis duobus JCtis, *Struvio Ex. 10. tit. 2. th. 24. & Laut. in Comp. ff. pag. 107.*

§. 15. Quod ad textus juris pertinet, quibus hæc sententia porro confirmatur in *dict. disp. Sect. 2. §. 10. seq.* responsionem ad eas paravit Vir Amplissimus & doctissimus, Dn. *Alexander Arnoldus Pagenstecher*, Groningensis JCtus & Antecessor celebratissimus in *Sicil. ad Laut. Manip. 3. §. 22. pag. 55.* Quibus quidem nihil hactenus reposuit *B. Parens*, tum aliis rebus impeditus, tum satis securus, si æquus & peritus lector utriusque rationes contulerit, facile ei, quid verius, & ex ipsis thesibus, quid ad opposita respondendum sit, appariturum esse.

Verum cum instituti mei ratio hujus quoque quæstionis ventilationem postulet, Virum Consultissimum, cujus summam eruditionem merito veneror, haut ægre laturum esse spero, si qua & ipse humanitate, & libertate nostram sententiam oppugnavit, ego quoque ad ejus defensionem paucissima adferam. Qua in re veniam dabit, quod quæstionem de actione amissa, quasi præjudicialem, & unde altera pendet, etsi ab ipso *pag. 55.* postposita sit, alteri, quam *pag. 53.* tractat, præmittam.

§. 16. Primum vero miror, non præmisisse V. A. suæ sententiæ fundamenta & rationes, quibus moti Neoterici ab inveterata Interpretum & recepta foro sententia recesserint. Quod omnino eos oportuit, qui certam tamdiu interpretationem convellere conati sunt per *L. 32. ff. Legit.* Provocat quidem V. A. ad fundamenta *Vinnii* & aliorum, quos allegat: Sed nec apud eos quicquam invenitur quam nuda assertio, errasse veteres, & specie eorum, quæ in jure & judicio fiunt, deceptos fuisse. Sed hoc non sufficit dici. *Vid. sup. §. 1.*

Textus vero quos allegant, adeo nihil in contrarium faciunt, ut eos nostris

ſtris potius caſtris vindicemus, ceu ex ſequentibus patebit, ubi & de ſenſu legis *18. C. poſtlim. rev.* qui ſolus aliquid ſcrupuli habere videri poteſt, agemus.

§. 17. Verum ut quid replicari poſſit, breviſſimis indicemus, ordinem V. A. ſequemur.

Ad *L. ult. C. Quibus ex cauſ. Maj.* ubi reſciſſoria dicitur *reſtitutis* dari.

Ait (1) *Reſcindens & reſciſſorium remedium diſtincta in jure non eſſe.*

Resp. Eſt petitio principii, & id quod quæritur, *Vid. §. 1. & ſeq.*

Inquit (2) *inde non ſequi ſeparato judicio vel remedio agi, idque probandum eſſe.*

Resp. (1) Non quæritur, an ſeparato judicio, i. e. proceſſu, agendum ſit, ſed an utrumque idem ſit remedium: quod dicit V. A. ſed non probat; probari autem, maxime contra receptam tamdiu interpretationem, debuit. (2) Cum reſciſſoria in *d. l. ult.* non detur niſi reſtitutis, ſequitur quod eadem non ſit, quæ datur reſtituendis, (3) Verba ſenſu proprio tamdiu ſunt accipienda, donec probetur contrarium.

Inquit (3) *dari quidem utilem actionem reſtitutis, ſed eam via ordinaria inſtituendam fuiſſe. i. e. adito prætore, qui judicem pedaneum dabat, coram quo actio inſtitueretur.*

Resp. (1) Jam ante dictum eſt, non hic quæri, an alio judicio agendum ſit, ſed an utrumque ſit idem remedium. Sed & (2) illa, quæ inde infert, probata non ſunt, & ipſum V. A. feriunt, ac plenius refutantur §. 9. 10. & 20.

Inquit (4) *Prætor actionem largiri non potuit, niſi remoto obſtaculo.*

Resp. (1) Hoc diſſentientes ipſos ferit; nam ſi Prætor removit obſtaculum ante datam actionem, ſequitur cauſa cognita eum decreviſſe id removendum eſſe, in cauſis enim civilibus privatis Prætor nihil decernit, niſi remedio competente imploratus. (2) Prætor non reſcindebat dando actionem, ſed judex pedaneus per ſententiam. Qui enim poterat cauſa nondum cognita; quæ cognitio data actione demum judici committitur; & is proinde demum cauſa cognita reſcindit. (3) Tum quoque cum judex reſcindit, ſupereſt in caſu actionis amiſſæ judicium.

Ad *L. 35. in f. ff. Obl. & Act. §. 5. Act. L. 3. C. Teſt. mil.* In quibus dicitur reſciſſa uſucapione peti.

Inquit (1) V. A. *Juſtinianum id declarare in d. §. 5. per verba* id eſt, *ſcil. ita fieri reſtitutionem, ut reſtitutionis NB. ne quidem mentionem faciamus, nec eam*

eam petamus: Sed recta via rem nobis debitam petamus, restitutione nobis per constitutionem judicii a Prætore in jure virtualiter non formaliter indulgenda &c.

RESP. (1) Sunt meræ petitiones principii, & nec alia mens Imperatoris probata eſt, & quicquid ſequitur, ſunt nudæ aſſertiones. (2) Ex omnibus his textibus conſtat, reſciſſoria *peti* non poſſe, niſi *reſciſſa Uſucapione*; ita enim deſcribitur in verbis *d.* §. *5. reſciſſa Uſucapione petere:* Reſcindendæ igitur aliud remedium fuit. (3) Voculæ *id eſt* feriunt maxime ipſos diſſentientes, nam illæ inferunt, verba, *reſciſſa uſucapione petere*, & verba, *ita petere, ut rem dicat non eſſe uſucaptam, quæ eſt uſucapta, NB. & ideo ſuam eſſe*, paria, quin eadem eſſe, veluti deſcriptum & deſcriptionem: Uti igitur in deſcriptione duæ ſunt intentiones: *dicere uſucaptum non eſſe, quod eſt uſucaptum:* & deinde dicere, *rem ſuam eſſe*, ita & in deſcripto: *petere* id eſt, quod deinde deſcribitur, *dicere rem ſuam eſſe:* & *reſciſſa uſucapione* idem quod poſtea dicitur, *non uſucaptum, quod eſt uſucaptum*, id enim nullo ſenſu dici poteſt, quam quia uſucapio, quæ fuit, reſciſſa, adeoque effectu recte dicitur, uſucaptum non eſſe. Prius, ſcil. *petere* ſeu *dicere rem* ſuam eſſe, eſt intentio reſciſſoriæ, quæ proinde nulla eſt, niſi reſciſſa uſucapione: Alterum autem, ſcil. *reſciſſio uſucapionis*, ſeu ut dici poſſit *non eſſe uſucaptum, quod eſt uſucaptum*, eſt intentio reſcindentis judicii; Atque hac intentione abſoluta, & uſucapione reſciſſa, nondum rem actor conſecutus eſt, ſed rei vindicationem, qua dicit rem ſuam eſſe, *d.* §. *5.* Hic igitur reus, ſi quas adhuc habet exceptiones, audiendus, cauſaque adhuc cognoſcenda, atque per ſententiam definienda eſt.

Hæc utraque vero intentio ſeu remedium poteſt vel eodem libello ac judicio cumulari, eademque ſententia finiri, vel ordine ſucceſſivo & ſeparato proceſſu proponi, perinde ut poſſeſſorium & petitorium, *dict. c. 6. x. de Cauſ. poſſ. & propr.* Cumulatio frequentior eſt, nec ea confunduntur & commiſcentur remedia, ſed junguntur: Quæ ſane perſpicua ſunt, niſi quis lucem in ſole quærat.

§. 18. OBJ. V. A. *L. 18. C. Poſtl. rev.* ubi una tantum actio reſciſſoria datur captis & reverſis, ſi interim uſucapio vel præſcriptio abſoluta fuit.

RESP. (1) Non excluditur reſcindens remedium, ſed ex ipſa voce reſciſſoria infertur; hæc enim nihil aliud eſt, quam actio, quæ reſciſſo negotio, ſeu ex reſciſſione datur. (2) In caſu *d. l. 18.* reſcindente remedio Prætorio opus non eſt; quia capti reverſi jure civili, lege ſcil. poſtliminii, in omnia ſua jura reſtituuntur. §. *5. Quib. mod. jus patr. L. 5.* §. *1. L. 19. pr. ff. Capt. & poſtl.* quo caſu ſcil. cum quis jure civili tutus eſt, Prætor ſe non interponit. *l. 16. pr.* §. *1. &* §. *3. ff. Min.* Cur ergo in *d. l. 18.* reſciſſoria datur? Quia uſucapio & præſcriptio tempore interim lapſo proceſſere: Equidem Prætor aut

judex

judex hic non rescindit, sed lex: Neque ullo remedio hic opus est, cum nulla lis de ea esse possit, sed reversus omnia jura sua citra controversiam recipiat, unde ex lege postliminii nova actio, ut ex edicto Prætoris non datur, nec dari eam opus est; sed, cum ipso jure rescissio fiat, actio ista rescissoria recte dicitur.

Ad *L. 9. §. pen. Quod met. caus.*

INQUIT: Non ita restitui pristinam obligationem, ut in pristino statu maneat.

RESP. (1) Hoc non dicitur in textu, sed fingitur, quin directo adversatur textui in verbis *restituenda erit in pristinum statum obligatio*, reliqua gratis adduntur, nec probantur. (2) Negatur in textu dici *ut solvatur cognitione Prætoria*. Negatur ita recte dici posse, vel leges loqui solere. Negatur ibi dici, ut judicium accipiatur apud judicem pedaneum. Negatur, ita detorqueri sensum textus posse, cujus verba & sententia clarissima sunt: etenim non res debita, sed sola obligatio seu actio in priorem statum restituitur; Prior vero status vel is fuit, ut lis adhuc fuerit, vel ut non fuerit; si non fuit, restituta obligatione debitor rem statim solvere debet, cum nulla lis sit; si fuit, actio adhuc institui, & judicium accipi debet, modo quo solet, scil. coram Prætore, qui judicem dabat. Nec ullus ex textu residet scrupulus. Nihil vero huc facit, quod in *d. l. ult. C. Quib. ex caus. maj.* rescissoria anno utili finiatur, etsi prior perpetua fuerit. Nam id ex regula generali est, quod actiones jure civili extinctæ, & contra jus illud a Prætore restitutæ, anno utili terminentur. *L. 35. in f. ff. Obl. Act.* Vid. *inf. quæst. 6.*

Ad *L. 21. §. 4. ff. Quod met. caus. Ubi expresse actione Prætoria quod metu &c. restituitur actio emti &c.*

INQUIT V. A. Dari actionem Prætoriam *scil.* ad tradendam domum cognitione Prætoria vel judicium emti, adeoque elective.

RESP. Illud *scil.* & quod sequitur totum textui affingitur: Nihil ibi dicitur de cognitione Prætoria; nihil de discrimine hujus cognitionis & judicii emti: Nihil de electione. Per actionem Prætoriam intelligi actionem *Quod metu &c.* constat: per hanc restitui obligationem, quæ amissa est, scil. emti, in textu exerte dicitur. Ea ergo actio emti distincta est ab actione: *Quod metu &c.* & adhuc moveri potest; & hoc est quod volumus. Præterea in textu nihil habetur.

Ad *L. 9. §. 3. Quod met. caus. L. 1. §. 1. dol. mal.* ubi dicitur *edictis novam actionem* dari.

INQUIT V. A. *Sed ab ea non differre veterem restitutam.*

RESP. Est petitio principii: Si nova datur, si & vetus amissa restituitur, eas non duas, sed unam esse actionem, probandum est. Ex §. 5. & 6. Ad. non recte probatur omnes ex his edictis actiones rescindentes non esse personales; quia *d.* §. 5. ad restitutiones non pertinet, & *d.* §. 6. de rescissoria agit.

§. 19. Denique concedit ex *L. 3. 5. 7. de Exc. rei jud.* tot esse actiones quot quæstiones: Cum igitur certum sit aliam esse quæstionem rescindentis, aliam rescissorii judicii, ut constat ex *ff. si pr.* & ex exemplo allato domus usucaptæ restituendæ, in quo alia quæstio est an usucapio rescindenda sit, alia an actor dominus sit, cum & rescissa usucapione hoc dubium manere possit, ex concessis jam sequitur esse distincta plane remedia, secus ac in iis, quæ apud Prætorem & judicem fiunt: apud utrumque enim una eademque quæstio, quæ in judicium deducenda est, proponitur, non alio discrimine, quam quod Prætor in eadem causa & quæstione, non de facto, sed de jure ac genere actionis, ad hoc ut eam dari possit: judex autem plene, de facto ipso & negotio cognoscat.

§. 20. Hinc vero ultro sequitur decisio ejus, quod in *dict. Disp. S. 3. §. 3.* proponitur, in casu rei amissæ: Dictum jam est, non opus hic esse gemino judicio, sed si appareat, equi donationem metu extortam esse, donatione rescissa res ipsa donatori restituitur, adeoque nulla tum lis aut alia actio superest. Unde quæritur, si actor non petat rem ipsam restitui, sed contentus sit actionem saltem ad rem persequendam consequi, an id ipsi indulgendum? Quidni? cum enim rem ipsam consequi possit multo magis actionem poterit; plus enim est rem habere quam actionem, *L. 204. ff. Reg. Jur.* cui autem quod plus est conceditur, ei etiam quod minus est, concedi fas est. *L. 21. ff. eod. tit.* Atque hoc perspicue traditur in *l. 9.* §. *4.* junct. §. *3.* & *6. Quod met. caus. l. 13. pr. ff. de min.* §. *6. Inst. de Act.*

§. 21. Quid his respondet V. A. scil. quod ante; fingitur judicium rescindens esse illud, quod in jure seu coram prætore, rescissorium autem, quod in judicio seu coram judice pedaneo peragebatur. Et hoc tum pro responsione textibus, qualiacunque horum verba sint, applicatur: Cæterum ut brevissimis rem expediamus, est hæc perpetua petitio principii: Negatur illa comparatio, nihilque ejus hucusque probatum est. Nec fiebat restitutio cognitione prætoria, *sup. §. 18.* sed data actione, excepta causa minorum: Nec in arbitrio partis est eligere, an cognitione Prætoria an data actione restitui velit. Nec quicquam hujus dicitur in *l. 9.* §. *4. ff. Quod met. caus. l. 3. §. 1. ff. de Min.* Negatur distingui hic inter remedium extraordinarium & ordinarium. Negatur eandem actionem Paulianam esse, quæ proponitur in *l. 10. princ. ff. Quæ in fraud. cred.* & quæ in *l. 1. eod. tit.* Sed nec hæc ultima unum simplex remedium est, sed aliud est, quo rescinditur alienatio, aliud quo res alienata repetitur. *d.* §. *6* ibi: *permittitur rescissa alienatione petere.* Neque conceditur, alteram ante, alteram post

post missionem locum habere. Denique si textus ipsi & responsiones ad eos datæ, conferantur, patebit, nihil commune invicem habere, clarissime autem per eos sententiam Veterum firmari.

Quis vero huius controversiæ usus in foro? Nullum ait *Bachovius hoc titulo pag. m. 951. & Stryk. U. M. h. §. 5.* Sed præterea quod intersit de vera ratione juris constare, insignem hujus rei usum demonstravit *B. Parens in disp. de diversitate judicii rescindentis & rescissorii:* Conf. *infr. l. 5. tit. 2. qu. 2. in fin.*

Qv. IV. *Num annus utilis in omnibus speciebus mutatus sit in quadriennium continuum?*

AFF. per *l. f. C. temp. in integr. rest ibique Brunn.* Idque a tempore scientiæ computatur. Conf. *Carpz. proc. t. 19. art. 2. n. 10. seq. ibique Dd. & præjudicia apud Eund. p. 2. Resp. 96. n. 4. ibique Dd.*

OBJ. *d. l. fin.* loqui de sola restitutione minorum & majorum, qualis specialiter est, quæ datur ex tit. *Ex quibus causis majores*, correctoriæ autem leges sunt stricti juris.

RESP. Imo omnes restitutiones sunt vel minorum vel majorum, adeoque omnes his verbis proprie comprehenduntur. Sed & supervacua differentia utilis anni & a republica separanda dicitur *d. l. ult.* Et denique additur expressa extensio *d. l. ult. in fin.* ibi: *vel aliis legitimis causis &c.* Cæterum in dolo speciale esse, quod biennio ei præscribatur, patet ex *l. f. C. Dol. Mal.*

Usu fori annus utilis obsolevit, utpote cum ejus numeratio admodum difficilis sit. *Hilig. ad Don. l. 21. c. 20.* ultra quadriennium non datur hæc restitutio, nec ecclesiæ. *Carpz. proc. t. 19. a. 2. n. 10. sq.* Aliquando tamen etiam post quadriennium restitutionem dari c. metum tradit *Carpz. proc. t. 19. a. 2. n. 19. & p. 2. Resp. 96. n. 9. & seq.*

Qv. V. *An quadriennio non tantum inchoari sed & finiri debeat judicium?*

NEG. Neque statui hoc absque repugnantia quadam potest. Cum enim constet, uti olim anno utili, ita hodie quadriennio non excludi actorem a petenda restitutione, nisi tempus lapsum sit, audiendus omnino adhuc est, etsi in fine hujus temporis, & quasi in ultimo momento restitutionem petat: certum enim est nondum ei præscriptum esse. Atqui impossibile est tum eodem momento inchoari & simul finiri posse. Necessario itaque dicendum, cœpta semel intra legitimum tempus actione, spatium simul ad cognoscendum de causa dandum

dum esse, seu tempus instantiæ, quod est triennium. Quod & docet *l. 13. §. 1. C. de judic.* quæ mota lite peculiare tempus instantiæ constituit, nec ullam causam excipit.

Obj. *d. l. fin.* verb. *ad interponendam contestationem finiendamque litem.*

Resp. Non oportet cavillari verba. Sensus est, tempus hoc statutum esse ad interponendam contestationem, &, si interposita illa non fit, finiendam hoc temporis lapsu litem. Agit de lite finienda, quæ nondum mota est, non vero de semel intra hoc tempus mota; de finienda lite per lapsum temporis ne inchoëtur, non autem per sententiam, si mota semel fuerit. Tempus scil. quadriennii constitutum est, ut intra illud inchoëtur judicium, atque ita eo celerius intra tempus instantiæ finiatur: cum aliæ actiones usque ad 30. annos inchoari possint.

Obj. *Clem. 1. de rest. in integr.* Ubi causa eo tempore quoque finiri dicitur.

Resp. Idem scil. agit de finienda lite per lapsum temporis ne amplius inchoari possit, non autem, ut inchoata intra hoc tempus eodem momento finiatur, quod absurdum & impossibile est.

Et hoc quoque praxis servat. *Mynſ. Cent. 1. O. 51. n. 8.* Quod & fatetur *Dn. Brunn. in d. l. f. n. 1. & 2. C. de temp. in int. rest.*

Dissent. *Blum. in proc. Cam. t. 57. §. 6. Stryk U. M. de restitut. in integr. §. 9. Brunn. ad l. pen. & ult. de restit. in integr.* qui omnes putant ex ratione juris communis eodem quadriennio & restitutionem petendam & litem finiendam esse.

Qv. VI. *Quo tempore actio rescissoria finiatur?*

Resp. Mirum hic quam varient Dd. Vid. *Brunn. ad. d. l. f. n. 5. C. de Temp. in integr. rest.* qui & ipse putat alio anno utili vel quadriennio finiri: Sed fluit decisio ex superioribus; scil. tempore definet quod instantiæ præfinitum est, i. e. triennio, *d. l. 13 §. 1. & seq. C. de jud.* & peti igitur debet restitutio intra quadriennium, petitæ cognitio absolvi, ut alias, triennio: Sive enim cumulato utroque remedio (uti regulariter fit, *sup. q. 3. §. 10. & seq.*) illa petatur, simul de utraque causa cognoscitur, sive successive agatur, eadem instantia cognitio continuabitur. Atque hæc doctrina, intelligi hic tempus instantiæ, i. e. continuandæ litis cœptæ, ex dicta lege 13. in Camera & foro recepta est: *Mynſ. cent. 1. Obſ. 51. in f. Brunn. d. l. f. n. 2. & 11. Barboſ. ad d. l. f. n. 11.* Conf. *Hillig. ad Don. l. 21. c. 5. lit. F.* Etsi angustia ejus termini hodie non attendatur; *Mynſ. d. l. Goth. ad d. l. f.* Add. *tit. de Judic. q. 22.*

Qv. VII. *An falsa opinio periculi justum metum faciat?*

NEG. Quia eum metum quis sibi ipsi fingit, *l. 21. pr. h.* justus autem metus est, quem vis aliena infert, *l. 1. l. 3. ff. h. t.*

Laut. p. 76. verb. Non autem sufficit &c.

OBJ. *L. 33. §. 2. pr. h.*

RESP. Opinio ibi fuit, non venisse homines inimicos, (quod certum erat) sed venisse armatos, verb. *armatos venientes existimaverat.*

Hodie ex leviori quoque metu restitutionem officio judicis saltem dandam esse putant Dd. sed merito id in dubium vocat *Stryk. U. M. h. §. f.*

Qv. VIII. *An ille, qui rei illicitæ operam dat, i. e. qui in crimine deprehensus metu aliquid promittit, ne prodatur, hac actione agere possit?*

RESP. AFFIRM. Si dedit, ne judici prodatur; quia hic metus non est vanus. *L. 7. §. 1. l. 8. ff. h.* Nam metuit vincula & pœnam *d. l. 7. §. 1.* Non vero si dedit ne prodatur privatis, quia ibi metus vanus est, privati enim nec vincula nec pœnam inferre possunt. *arg. d. l. 7. §. 1.*

Laut. pag. 77. verb. Nec refert.

OBJ. (1) *L. 4. Cond. ob turp.* ubi deprehensus in crimine non condicit illud, quod dedit ne prodatur.

RESP. Condicere nequit, at ex edicto hoc omnino agit: Ratio differentiæ est, quod turpitudo, ex qua condictio oritur, in utroque sit, & in dante, qui alterius corrumpendi causa dat, & in accipiente, qui venale officium habet, & accipit ne negotium facessat. *arg. l. 1. pr. & 1. t. ff de Calumn.* quo casu cessat condictio, quia melior est conditio possidentis. *L. 2. §. f. l. 3. & 4. Cond. ob turp.* Neque enim actio, quæ ex turpitudine oritur, potest dari ei, cujus ipsius quoque causa turpis est. At vis, ex qua hæc actio datur, est in solo inferente, non vero in actore patiente, indeque ea huic dabitur ad repetendum id, quod alter vi & metu exegit, prætor enim non respicit, an adulter sit qui dedit, sed hoc solum, quod hic accipit metu mortis illato. *L. 8. pr. h.* Tota ergo ratio, quæ in condictione militat, & ab utriusque turpitudine desumitur, hic cessat.

OBJ. (2) *L. 10. C. h.* ubi improbum desiderium dicitur, si quis petit rescindi promissionem metu futuræ accusationis factam.

RESP. Non agitur de casu, quo deprehensus in crimine dat ne prodatur, sed quo reus satisfacit læso, vel cum eo transigit: Non, cum quis dat extraneo minanti accusationem, sed quo dat ipsi læso, quem intelligit accusare

posse, vel qui jam accusat. Minæ enim de accusando speciem illicitæ concussionis habent, metumque injustum inferunt. *L. 2. ff. de concuss.* Transactionibus vero cum parte læsa interdictum non est. *L. 1. §. p. ff. de Calumn.* Et quamvis quædam crimina sint, de quibus transigere non licet, *l. 18. C. de transact.* tamen & speciale id est, & in pœnas quidem infamiæ &c. transigentes incidunt, non tamen repetitur quod ideo datum est. *L. 4. §. ult. l. 5. l. 6. ff. His qui not. inf.*

QV. IX. *An si plures metum inferant, unius præstatio liberet reliquos?*

Laut. p. 77. verb. *Unius tamen præstatio &c.*

AFFIRM. *L. 14. §. 5. & l. seq. h.* Nam supra *l. 2. t. 1. q. 27.* plenius demonstratum est, quod toties unius præstatio reliquos liberet, quoties unum factum est, ut in furto &c. vel, si plura sunt facta, quoties agitur ad rei persecutionem: quod enim quis jam habet, petere amplius non potest.

OBJ. Quod hæc actio sit pœnalis. Sed recte

RESPONDET ipse *Laut. h.* quod sua natura tantum in simplum detur, adeoque sit rei persecutoria, sed fiat pœnalis, & reus teneatur in quadruplum, si nolit ad jussum judicis restituere: *L. 14. §. 1. 2. & 3. l. 16. §. 2. h.*

QV. X. *An restitutioni huic præscriptio quadriennii obstet, etsi per modum exceptionis petatur?*

AFFIRM. *L. 9. §. 4. ff. de Jurej. l. 8. §. 13. ff. de Inoff. test. l. 10. l. 14. princ. junct. §. fin. C. de Non num. pec. Brunn. in d. l. f. n. 17.* Etenim, cum non exceptio tantum, sed & agendi facultas data sit, atque ideo ejus qui agere potest, negligentia fiat, quod præfixo tempore non vigilaverit, utique & pœnam negligentiæ injunctam eum ferre necesse est, *arg. l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. exc.*

DISSENT. *Carpz. dict. Resp. 96. n. 1. & seq. & in proc. t. 19. a. 2. n. 16.* qui omnes exceptiones, adeoque & hanc perpetuam esse putat.

OBJ. Quæ ad agendum sunt temporalia, ea ad excipiendum sunt perpetua. *Carpz. proc. d. l. per d. l. 5. §. f.* nec ullius temporis, quantumvis longissimi, spatio excluduntur. *Idem d. l.*

RESP. Verum id est, cum in potestate rei non est agere; quo casu nulla negligentia ei imputari potest; Secus est, cum & per modum actionis ipse pro lubitu queri potest, *d. leg. 5.*

OBSTAT vero maxime *d. l. 5. §. f.* ubi exceptio doli perpetuo datur, licet & actio doli sit. Verum exceptio doli multo latius patet, quam actio doli; neque omnibus iis actio doli datur, quibus exceptio; illa non datur, nisi malitia

tia & animus decipiendi concurrat; *l. 2. §. 2. & seq. ff. vi bon. rapt.* hæc, ex quavis iniquitate *L. 1. §. 1. l. 2. §. 5. ff. de dol mal. exc.* ut in casibus *d. l. 2. §. 3. & 4. l. 36. verb. obl.* quibus actioni doli locus esse nequit. Atque ita arguit ipse textus in *d. l. 5. §. fin.*

Hinc aliud est, si actione quod metus causa non quadruplum, sed simplum petatur: tunc enim uti actio est perpetua; *l. 14. §. 1. l. 17. l. 19. ff. h.* ita & exceptio ratione simpli non nisi 30. annis finitur.

Quo modo autem restitutio jure exceptionis impetretur, vide apud *Carpz. proc. t. 13. a. 1. n. 187. & tit. 19. a. 2. n. 17.*

LIB. IV. TIT. III.

DE DOLO MALO.

Qv. I. *Quæ sit vera differentia doli incidentis & causam contractui dantis?*

Cum plurimum intersit ad decisionem sequentium controversiarum, veros hujus differentiæ limites recte statui, brevissimis id definiam. Duo igitur hæc manifeste distincta sunt: Contractus ipse, & impulsio ad contrahendum: *ille* incipit ex quo partes contrahendi causa conveniunt, *hæc* præcedit contractum: In ipso contractu cœpto si quid dolo fiat, incidens dolus est; si ante contractum impellendo & inducendo ad contrahendum, is dolus est, qui causam dedit contractui sequenti, *l. 7. pr. dol. mal. l. 2. §. 5. dol. mal. Exc.* Uti si quis alii, qui frumentum emturus non erat, persuadeat, ut emat, fingendo literas, quibus ex sterilitate, vel alio casu, magnam fore indigentiam frumenti nunciatur; hic dolus est dans causam contractui. At si quis sponte sua emturus erat a Sejo frumentum suæ necessitatis causa, & ideo convenit Sejum, hic vero, cum jam de pretio ageretur, fingit literas, quibus pretium excrevisse dicitur, est ille dolus incidens. *L. 11. §. 5. de Act. Emt.* Conf. late Gœdd. *de Contr. Stip. c. 3. n. III. Struv. Ev. 8. th. 27. & 33.*

Laut. pag. 79. verb. Qui causam dedit &c.

Qv. II. *An dolus commissus in negotio illud reddat ipso jure nullum?*

Resp. Sunt equidem casus, quibus dolus contractum ipso jure irritum reddit, uti inprimis, cum dolus errorem in corpore continet, uti si quis dolo persuadet, se mihi vendere fundum Mevianum, cum sit Titianus; hic dolus, quo continetur error in corpore, omnes contractus, etiam stricti juris, ipso jure

Laut. pag. 79. verb. Atque contractum b. f. &c.

jure tollit. *L. 9. pr. C. E. l. 22. V. O. Gædd. de Contrah. Stip. cap. 3. n. 12. & seq.* Idemque quoad contractum emtionis operatur error in rei substantia. *L. 14. ff. de Contrah. emt.* Verum id extra hujus materiæ oleas est, & ad caput de errore pertinet.

Hic loci autem plurimum interesse constat inter dolum incidentem, & eum qui causam contractui dedit; *ille* nullum contractum ipso jure evertit, sed actionem de dolo, si alia minus famosa non detur, parit: *L. 1. §. 1. & tot. tit. ff. & C. h. t. Hic* vero contractus quidem stricti juris similiter ipso jure non tollit, *l. 36. ff. de Verb. obl. l. 2. §. 5. ff. de Dol. mal. exc.* at bonæ fidei contractus plane tollit, & ipso jure irritos facit. *L. 7. pr. & §. 3. ff. h. tit. l. 5. C. de Rescind. Vend.* Conf. *l. 13. §. 27. Act. emt.*

Rationem differentiæ anxie quærit *Umm. Disp. 8. th. 33.* Alii dicunt legibus ita placuisse, *Alii*, deficere consensum in negotiis bonæ fidei, quippe quem dolus excludat: *Umm. d. l.* quæ ratio vel inde refellitur, quia ita idem esset in contractu stricti juris, qui itidem requirit consensum ad sui essentiam *l. 1. §. 3. vers. adeo &c. de pact.*

Vera ratio ostendi potest ex definitione *quæst. 1.* cum enim dolus ille, qui causam dedit, non in ipso contractu jam cœpto, sed ante ita commissus sit, ut causa totius insecuti contractus fuerit, non potest negotium bonæ fidei nasci ex causa doli seu malæ fidei. Etenim cum bona fides & dolus seu mala fides, tanquam sibi contraria, directo pugnent, *l. 5. C. rescind. vend.* non potest causa effectum sibi contrarium, & sic mala fides, seu dolus, contractum bonæ fidei producere: Et pugnant, contractum esse bonæ fidei, ejus vero originem & initium seu causam, a dolo seu mala fide; contraria vero se invicem tollunt: Et ubi nullum bonæ fidei contractus initium est, ibi nullus quoque bonæ fidei contractus esse poterit, quia sine initio nihil existere potest. Conf. *Struv. Ex. 8. th. 27.*

Atque hoc adeo verum est, ut talis contractus, cui dolus causam dedit, nec jurejurando confirmari possit; nec hodie, quia juramentum privati negotium lege reprobatum validum reddere, aut formam juris mutare, vel tollere nequit. *Mull. ad d. th. 27. n. 4. ibique Dd.* Igitur perjurii quidem reus est, ex contractu autem agi nequit, sed omnia in eo statu manent, in quo ante fuerunt, perinde ac si contractum non esset.

Tota vero hæc ratio cessat (α) in *contractu stricti juris*, nam cum hic ex solo consensu oriatur, subsistit negotium, etsi dolus causam ei dederit, quia sufficit a consensu cœpisse, *d. l. 36. d. l. 2.* sed deceptus agit actione de dolo, *l. 7. §. 3. in fin. de dol. mal.* vel, si decipiens agit, hic repellitur exceptione doli, *d. l. 36. d. l. 2.* vel denique si de dolo cautum sit, actio ex stipulatu datur,

tur, *d. l. 7.* vid. *Laut. p. 79.* (β) In *dolo incidente*, ut ante dictum: ille enim dolus non impedit, quo minus initium contractus & a consensu & a bona fide sit; Neque is contractum producit, qui jam ante cœpit, & proinde ejus causa & initium non dolus fuit, sed consensus; origo autem negotii ubique spectatur. *l. 4 ff. Si mens. fals mod. &c. & sim.* Hoc igitur casu in negotiis BONAE FIDEI purgatur dolus vel actione ex ipso contractu, *l. 7. §. 3. dol. mal. Umm. dict. th. 33.* quæ datur ad id, quod interest, *l. 13. §. 4. Act. emt.* indeque aliquando etiam ad resolvendum totum contractum, si id æquum fuerit. *L. 11. §. 5. Act. emt. l. 13. §. 27. eod.* Conf. *Vinn. ad §. 24. Act. n. 4.* Vel exceptione doli, *l. 4. §. 1. & 5. Act. emt. l. 3. C. de Pact. l. 6. Dol. Mal. exc. l. 39. sol. matr. Umm. dict. loc.* In STRICTI JURIS negotiis, ut ante agitur. *Laut. p. 79.*

Huic sententiæ, contractum esse ipso jure nullum, si dolus causam dederit contractui b. f. varia objici solent.

OBSTAT enim (1) *L. 3. C. Comm. utr. jud.* Ubi asseritur, quod reformari debeat, quicquid dolo fit in judiciis b. f. Nunquam ergo contractus b. f. ob dolum ipso jure nullus fiet, etsi is causam ei dederit.

RESP. (1) Reformari omnino debet, sed quæritur quo modo? Is vero modus duplex est, vel enim fit reformatio tollendo contractum ipso jure, vel, eo salvo, áctionem dando.

RESP. (2) Loquitur allegatus textus de dolo in ipso negotio divisionis, adeoque incidenter, commisso. *Gœdd. de contr. Stip. c. 3. n. 123.*

OBJ. (2) *L. 5. C. de rescind. vend.* ubi venditio dolo inita dicitur *rescindi*, adeoque non est ipso jure nulla.

RESP. (1) In hoc titulo vox illa generalis est, &, licet improprie, de omni modo dicitur, quo negotium non valet, *Auth. Sacramenta C. si adv. vend.* uti e contrario emtio irrita dicitur, quæ ipso jure subsistit. *L. 1. C. eod. tit.* Idemque in aliis quoque articulis accidit, ut in *tot. tit. C. de Sent. quæ sine app. rescind. l. 9. C. de Emt. præd. min. Gædd. d. l. n. 121.*

RESP. (2) Nec apparet quidem in *d. l. 5.* dolum causam dedisse.

OBJ. (3) Quod bona fides non sit de substantia contractus, sed qualitas pure civilis, *Umm. d. l.* Unde *Goedd. d. l. n. 127.* ita argumentatur; Quod contractus essentiam non ingreditur, eam quoque non corrumpit, ut nec constituit: Dolus autem essentiam non ingreditur &c.

RESP. (1) Ad formam & speciem bonæ fidei contractus omnino bona fides pertinet, nec illa abesse salva specie potest.

RESP. (2) Sed nec id verum est, non nisi ea, quæ de essentia sunt, vi-

tiare negotia: imo pleraque ab extrinseca causa pereunt; uti Usfusfructus a negligentia, contractus ob pacta adjecta, testamenta a destitutione hæredis. Conf. *d. l. 5.*

Obj. (4) *L. 9. §. 1. ff. l. 7. C. h.* Ubi ille, qui dolo alterum inducit ut repudiet hæreditatem, de dolo tenetur.

Resp. Ibi plane non est contractus, nedum contractus bonæ fidei, adeoque nec potest nullus declarari: nudum enim consilium dolose datum est: *Gœdd. d. l. n. 123.*

Obj. (5) Quod vis, quæ semper causam dat contractui, nunquam ipso jure vitiet negotium b. f.

Resp. Imo nunquam vis causam dat contractui, sed consensus & voluntas, quia voluntas etiam coacta est voluntas. *L. 21. §. fin. ff. Quod met. caus.* at error, quem dolus infert, consensum excludit. *L. 2. princ. de Judic.* Conf. *sup. pag. 302. Obj. 4. & Gœdd. de Contrah. Stip. cap. 3. n. 101. & n. 126.*

Obj. (6) *L. 3. C. ex quib. caus. Maj.* Ubi in genere dicitur, quod in contractibus bonæ fidei majoribus jura publica subveniant.

Resp. Subveniunt omnino, sed diverso modo, atque ita, ut vel ipso jure nullum declarent negotium, vel, ut actionem doli, &c. tribuant.

Obj. (7) *L. 84. §. qui servum 5. ff. de leg. 1.* ubi bonæ fidei contractus doli exceptionem continere dicitur, non ergo est ipso jure nullus.

Resp. Ne quidem apparet, dolum in contractu ab hærede admissum fuisse; nam & ille ignorasse legatum potuit. Sed, etsi bona fide vendidit, cognito tamen deinde legato, facit dolo, quod ex contractu petat, adeoque repellitur omnino exceptione doli, non quia dolo contraxit, sed quia dolo petit, ut in *l. 36. in fin. ff. de verb. obl.*

Obj. (8) *l. 79. ff. Pro soc.* ubi indistincte doli emendatio tribuitur judicio bonæ fidei.

Resp. Dolus ibi commissus est non ante contractum, sed eo cœpto, in definiendis societatis partibus, adeoque incidenter.

Objiciuntur (9) alia apud *Gœdd. d. l. n. 116. n. 124. & seq.* Sed ex positis omnia sponte corruunt: In omnibus enim textibus ibi allegatis agitur de dolo incidenti, uti in *d. l. 11. §. 5. & l. 13. §. 4. & 5.* Ubi dolo fecit non ut vendat, sed ut pluris vendat. *Gœdd. d. l. n. 116. & n. 120.* Ita in *L. 12. §. 1. Jur. dot.* uxor læsa est in æstimatione & traditione servi, adeoque incidenter. *Gœdd. d. l. n. 118. & 119.* In *l. 10. C. resc. vend.* agitur de dolo in qualitate facti

facti, adeoque incidenter, commiſſo; uti ſi ſponte rem ementi ſciens rem vitioſam vendiderit.

Hæ diſtinctiones, uti communi Dd. ſententia receptæ ſunt, *Struv. Ex. 8. th. 27. ibique Mull. Umm. Diſp. 8. th. 33. in f. Gail. 2. O. 2. n. 6. Ludov. 1. dec. 18. n. 21. Carpz. p. 2. conſt. 34. d. 9. Gœdd. d. Contr. Stip. c. 3. n. 106. n. 114. ſeq. & n. 128.* Ita & in foro mutatæ non apparent: Nam hodieque intereſt, an dolus cauſam dederit contractui, an ſaltem ſit incidens, *Umm. proc. D. 8. th. 33. Mart. Proc. tit. 5. §. 4. n. 225. Carpz. p. 2. c. 34. def. 9. & ibi Dd. Hartm. Piſt. p. 1. q. 23. n. 3.* Et an cauſam dederit contractui bonæ fidei, an contractui ſtricti juris: *Umm. d. l.* Conf. *ſup. p. 209.* Atque ita ſuprema curia Hollandiæ tenet. *Vinn. ſel quæſt. l. 1. c. 12. pr.* Egregie hanc ſententiam defendit *B. Stryk. U. M. h. §. 5. & ſeq.* Ubi ſimul docet, quid interſit, an dolus faciat contractum nullum, an actione ex contractu purgetur, an vero actione doli vindicetur.

DISSENTIUNT varie Dd. apud *Gœdd. d. n. 114. ſeq. Coraſ. lib. 2. Miſcell. c. 8. n. 4.* & apud *Dn. Stryk. d. l.*

QV. III. *An, ſi contractus ob dolum, qui cauſam negotio bonæ fidei dedit, nullus ſit, deceptus, ſi velit, poſſit eum ſervare, & ex eo agere?*

Accurate loquendo id NEGANDUM videtur: (1) Quia ex contractu ipſo jure nullo non poteſt actio produci, nec jus ex vitioſa cauſa, (2) quia vitium non eſt in conſenſu, ſed in eo, quod pugnet a dolo inchoari bonæ fidei negotium. *Sup. q. 2. l. 5. C. reſc. vend.* quem defectum privatus ſeu pars conſenſu ſuo ſupplere non poteſt: (3) quia ex emto agi nequit, ubi partes nunquam conſenſere; non ab initio, ubi in decepto conſenſus defecit, non nunc, ubi in decipiente.

Diſſent. Laut. pag. 79. verb. deceptus tamen &c.

OBJ. Quod nullus ſit contractus in favorem decepti, adeoque hic juri ſuo renunciare poteſt; ſed ſatisfactum eſt huic dubio ad rationem ſecundam.

Cæterum vix audietur reus, ſi proprium ipſe dolum allegare velit, & opponat, negotium nullum eſſe propter dolum ſuum, unde repelli meretur replicatione doli, quia propriam turpitudinem allegat, atque ita per indirectum actio effectum habebit. *l. 41. ff. de pign. act. Umm. Diſp. 8. th. 33. Carpz. p. 2. conſt. 34. def. 9.* & late *Gœdd. de contr. Stip. c. 3. n. 168. & Dd. apud Laut. p. 79.*

QV. IV. *An rei ex tali contractu b. f. cui dolus cauſam dedit, traditæ dominium in accipientem tranſeat?*

Quæſtio valde anceps potius NEGANDA videtur: (1) Quia negotium ipſo jure nullum eſt, *q. præced. l. 7. pr. h.* ex quo proinde nullus effectus ori-

Laut. pag. 79. verb. rei quoque &c.

ri poteſt. (2) Ex *l. 31. ff. A. R. D.* ubi ſola traditio non transfert dominium, niſi & juſta cauſa præceſſerit: Quin (3) nec cauſa valida ſufficit ad transferendum dominium, ſi ſuam rem ut alienam ſolvit. *l. 3. §. 8. Cond. cauſ. dat.* nedum ſi cauſa ipſo jure nulla ſit: Idque (4) apparet ex aliis negotiis ipſo jure nullis, in quibus nunquam dominium transfertur, ut in donatione inter conjuges. *l. 3. §. 10. don. int. conj.* ubi conjux res donatas vindicare poteſt. *l. 36. pr. Eod.* Sic deficiente decreto ipſo jure nulla eſt alienatio prædiorum minorum, *l. 16. C. Præd. min.* Et imaginaria venditione facta non fit alienatio. *l. 55. Contrah. emt.* Quin (5) adeo, ubi cauſa jure non ſubſiſtit, nihil dominii tranſit, ut dubitatum fuerit, num poſſeſſio tranſeat: neque alia ratione aſſertum id fuit, quam quia poſſeſſio facti eſt, cum qua nihil juris, nedum dominium, transfertur. *l. 1. §. 4. ff. de Adq. poſſ.* Idem (6) diſertiſſime patet ex *l. 7. pr. de dol. mal.* junct. *l. 3. C. ſi adv. lib.* etſi in his textibus maxime ſe fundet pars adverſa, uti oſtendetur *in Reſp. ad Obj. 1.* Nec minus (7) id infertur ex *tot. tit. ff. de Cond. ind.* quo & ipſo pars adverſa in primis nititur; ceu apparebit ex *Reſp. ad Obj. 2.* Adeo ut hæc duo præcipua ſententiæ adverſæ numimenta eam præcipue evertant. Neque vero (8) translato dominio ulla actio congrua ex jure oſtendi poteſt, quæ ſuum cuique reſtituat: Non actio doli, quæ non datur, ubi negotium nullum eſt, *l. 16. pr. & §. 3. ff. de Min.* Non ex contractu, eadem ratione, quia actio non datur ex contractu ipſo jure nullo. *L. 2. §. 16. ff. Pro emt.* Non condictiones, quæ neutiquam huc applicari poſſunt, ut patebit perpendenti, & ex mox dicendis. Ut adeo (9) hæc ſententia jure veriſſima ſit, quæ & ab Ultramontanis &c. defenſa eſt. *Vinn. ſel. quæſt. l. 2. q. 12.*

OBJ. (1) *L. 7. pr. ff. de Dol. Mal.* junct. *l. 3. C. ſi adv. lib.* Ubi vendito ſervo, & hujus quidem dolo, tranſit dominium, & venditor tantum actione de dolo agit.

RESP. Non ibi agitur de dolo emtoris aut venditoris, ſed ſervi venditi, qui dominum venditorem deceperat, quo caſu, ſi emtor dolo caret, *nec NB. venditio nulla eſt*, non poteſt alia actio eſſe quam doli contra ſervum manumiſſum: quia cum hoc nihil contractum eſt. Hinc vero evidentiſſimum eſt, ſi venditio nulla ſit, nec actionem de dolo eſſe, nec emtorem ex emto teneri: nihilque adeo hoc caſu ſupereſt, quam ſervum vindicari, perinde ac ſi nec venditus nec manumiſſus eſſet, quod & diſerte ſtatuitur *in d. l. 3. C. Si adv. lib.* Ut adeo hæc ipſa jura manifeſtiſſime probent ſententiam noſtram, & deſtruant adverſariam. Vid. *Rat. 6.*

OBJ. (2) *Tot. tit. ff. & C. de Cond. indeb.* Ubi dominium transfertur ſola voluntate domini. Vid. *l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. ff. Cond. S. C.* Licet nulla cauſa ſit, ſed errore putetur eſſe.

RESP.

RESP. In conditione indebite soluti placuit transferri dominium, etsi inefficaciter, atque ita rem solutam condici potius ab accipiente, quam vindicari a possessore; idque ideo, quia deficiente causa vel titulo contractus, superest titulus solutionis; Illa enim per se habetur pro justo titulo non tantum, cum quis ex debito solvit, *l. 46. ff. Usurp. & Usuc.* sed & cum utrinque errore facti, (vid. *l. 10. C. de Juris ignor.*) atque adeo bona fide, putatur esse debitum: per *l. 48. ff. de Usurpat. & Usuc. d. l. 46.* Uti cum rem alienam bona fide solvit, *d. l. 48. in fin.* hactenus enim bona fides ipsa juris dispositione veritati comparatur. *L. 136. ff. R. J.* Atque hinc tali solutione indebiti quasi contractus quidam constituitur; *ſ. 1. Quib. mod. re contr.* §. *p. Obl. quæ quaſ. ex Contr.* ut, cum solutio tamen illa sine præcedente causa, & per errorem facta fuerit, res quasi ex contractu condici & reperi possit, *de ſ. pen.* ex ratione *l. 32. ff. de Reb. cred.* Cum hac vero Specie quid simile habet vitiosus, & nullus ob dolum partis, atque adeo ob delictum? Hoc enim utique nec in Speciem quasi contractus cadere potest, sed directo cum eo pugnat: *pr. de Obl. quæ quaſ. ex Contr.* ibi: *quia non ex maleficio substantiam capiunt &c.* §. 2. §. 3. §. 5. *eod. tit.* nec bona fide fit, sed mala, seu dolo: nec justo partium errore, qui solutionis titulum, ut diximus, sustinet; Sed scientia & pravo consilio decipientis: Proinde nulla penitus causa hic apparet transferendi dominii, nam & ipsa solutio indebiti non transfert Dominium, si accipiens in mala fide sit, & sciverit esse indebitum; Sed tum furti ille reus est, per *l. 43. pr. ff. furt. l. 38.* §. *1. ff. Solut.* & adeo solvens manet dominus, ut condictio furtiva ei detur; *l. 18. ff. Cond. furt.* quæ soli domino datur. *L. 1. ff. Eod. tit.* Adeo hoc quoque argumentum non juvat sententiam contrariam, sed funditus pervertit; atque adeo quæ duo adversæ partis præsidia palmaria eam inprimis convellunt. Quod ut appareret, paulo plenius quæstio hæc evolvenda fuit.

OBJ. (3) *L. 10. C. de Rescind. vend.*

RESP. Loquitur de dolo incidente.

OBJ. (4) Quod nusquam legamus hoc casu dari vindicationem.

RESP. Quasi dubium esse posset dominio non translato dari vindicationem.

OBJ. (5) *L. 3.* §. *8. cond. cauſ. dat.*

RESP. (1) Ibi contrarium dicitur, non transire dominium.

RESP. (2) Alia ibi species, nec deficit causa, sed erratur in dominio nummorum.

RESP. (3) in *d.* §. *8. in fin.* Solutio facta est justo utrinque errore: & bona fide.

OBJ. (6) Quod voluntas domini rem in alium transferre volentis sufficere videatur. §. 40. *Inst. R. D.*

RESP. Illa voluntas transferendi dominii non nisi ex justa causa apparet, *l. 31. pr. A. R. D.* qua cessante, cessat quoque animus.

OBJ. (7) Quod in aliis juris materiis transferatur dominium, licet causa nulla sit; ut in *l. 17. ff. R. C. l. 36. A. R. D.*

RESP. in *d. l. 18. & l. 36.* est justa utrinque causa, etsi diversa: nam & ex causa dominii translativa alter accipit, & alter tradit, de quo plenius in *tit. de Reb. cred. q. 6.*

Mirum itaque videtur dissentire hic summos JCtos & sequi tam certum errorem. *Laut. pag. 79. Vinn. l. 1. q. 12. ibique Dd. Struv. Ex. 8. th. 30. Gædd. de Contrah. Stip. c. 3. n. 165.*

QV. V. *An, si extraneus dolo causam det contractui bonæ fidei, negotium subsistat?*

AFFIRMAT *Struv. h. §. 20.* (1) Quia partes contrahentes carent dolo, adeoque negotium utrinque contractum vitio. *L. 7. pr. dol. mal.* Sed (2) deceptus habet actionem contra ipsum tertium decipientem. *d. l. 7.* Atque hinc si proxeneta dolose creditorem circumvenit, ille de dolo tenetur. *L. 2. ff. de Proxen.*

OBJ. Dolum contrariari naturæ negotii bonæ fidei?

RESP. inter contrahentes, adeoque in negotio, dolus commissus non est.

EXC. Nisi concurrat error, qui consensum impedit. Conf. *q. praced. in pr.*

QV. VI. *An dominium transferatur, si emtor venditorem dolose induxerit, ut fidem de pretio habeat?*

NEGATUR: (1) Quia beneficium venditoris est, ne dominium fide non habita transeat: quod proinde facto & dolo alterius ipsi auferri non debet. *l. 155. pr. d. R. J.* Nec (2) dolus emtoris ipsi prodesse *l. 134. §. f. ff. eod. tit.* Sed & (3) non potest emtor dominium ex dolo suo acquirere, quod alias non haberet, *l. 14. §. 3. ff. de furt.* Denique (4) venditor, qui decipitur, adeoque errat, fidem de pretio non habet; quia error excludit voluntatem.

OBJ. Quod ex emto sua naturà transeat dominium, *l. 31. pr. A. R. D.* nec hactenus excipiatur casus, nisi cum fidem de pretio venditor habet, *§. 41. Inst. de R. D.* qui vero hic cessat.

RESP.

Resp. Non habet fidem de pretio, qui dolo emtoris deceptus errat. *vid. rat. 4.*

Atque hæc ſententia in foro obtinet. Vid. *Carpz. p. 1. c. 88. def. 18. & 19. Richt. dec. 87. n. 8. ſeq. Brun. ad l. 3. Pign. act. Gail l. 2. O. 15. n. 9. & 10. Mev. p. 6. dec. 93. n. 14.* Hinc talis venditor præfertur omnibus creditoribus in concurſu creditorum. *Marquard. de Jur. merc. l. 2. c. 2. n. 16.* & late *Struv. §. 31. h. ibique Müller.* Vindicare rem a quocunque poſſeſſore poteſt. &c. *Carpz. d. l. Brunn. ad W. h. q. 13.*

Qv. VII. *An actio de dolo detur, ſi contra tertium actio ordinaria competat?*

NEG. Quia actio doli eſt famoſa, *l. 1. §. 4. de Dol. mal.* indeque ſubſidiaria, *l. 1. §. 1. l. 4. l. 7. §. 4. ff. de dol. mal.* Itaque in terminis ita traditur in *l. 1. ſ. f. & ſeq. Eod.*

Laut. pag. 79. in fin. verb. *aut contra tertium &c.*

Exc. (1) Si propter inopiam adverſarii inanis ſit actio ordinaria, *l. 5. l. 6. h. t.* (2) ſi actio ordinaria non ſit æque commoda, ut ſi tertius ille ſit extra provinciam & difficilis conventu. *arg. l. 16. pr. de Min.* junct. *l. 3. C. ſi tut. vel Cur.* Inprimis quia decipientibus faveri quam minime debet.

Obj. Qui plures debitores habet, omnes convenire poteſt. *l. 11. pr. de Duob. reis &c.*

Resp. Secus eſt, ſi alter non niſi in ſubſidium teneatur.

Atque ita in Curia Halberſtadienſi in contradictorio deciſum memini An. 1706. Menſe Jan. in cauſa W. contra J. und L. J.

Qv. VIII. *An actio de dolo detur, ſi alio actio concurrat?*

Regulariter NEGATUR: quia eſt ſubſidiaria, Vid. textus apud *Laut. h. pag. 80.* Aliquando tamen cum aliis concurrit; Quod duabus regulis contineri poteſt: Concurrit enim actio doli (1) Quoties ex altera actione dolus vindicari nequit. (2) Quoties altera actio æque famoſa eſt.

Laut. pag. 80. verb. *Si probabiliter dubitetur &c.*

Ex PRIMA regula concurrit (1) Cum actionibus *ſtricti juris*, ibi enim dolus ex ipſo contractu vindicari nequit, ſed propria actione, *arg. l. 99. V. O.* Hinc fidejuſſor & actione ex ſtipulatu & de dolo conveniri poteſt. *l. 19. ff. de Dol. mal.* junct. *l. 32. §. f. de Uſur. l. 88. in fin. d. V. O.* Ita actio doli concurrit cum actionibus præſcriptis verbis, *l. 5. § 5. Præſcr. verb. l. 15. in f. Eod.* quæ exceptis æſtimatoria & permutatione ſunt ſtricti juris *§. 28. Inſt. de Act.* Secus ergo ſi de dolo per ſtipulationem quoque cautum ſit, tunc enim non actio de

de dolo, sed ex stipulatu datur. *l. 1. §. 4. ff. h.* (2) Concurrit cum arbitrariis: Nam nec hic dolus vindicatur actione ex ipso negotio. Atque hinc est, quod actio de dolo concurrat (α) cum actione quod metus causa *l. 14. §. 13. Quod met. c.* quippe quæ est arbitraria. *§. 31. Inst. de Act.* (β) cum condictione indebiti, *l. 23. de dol. junct. l. 9. C. ad leg. Falc. l. 6. l. 7. C. Cond. indeb.* (γ) Cum actione rei judicatæ &c. *L. 9. §. 4. h. junct. l. 4. §. 5. de Re jud. & l. 69. Solut.*

Unde patet proprie actiones ex prima regula non concurrere: quia ratione doli altera plane cessat, & ideo actio doli sola est.

Ex ALTERA vero regula concurrit illa etiam cum actionibus bonæ fidei, etsi ibi ex ipso contractu quoque de dolo agi possit, modo illæ actiones perinde famosæ sint. *L. 1. §. 1. & §. 4. h. Laut. h. pag. 80. pr.* Jam enim ratio cessat, quod non temere actiones famosæ sint decernendæ. *Vid. d. §. 4.* cum ordinaria æque famosa sit: Atque hinc concurrit actio de dolo cum actione mandati: quæ famosa est, *l. 1. C. h. junct. l. 59. §. 1. Mand.* Item cum actione pro socio, *l. 20 ff. h.* aliisque famosis actionibus, ut depositi, & tutelæ. *arg. l. 1. de His qui not. inf.* Non vero cum actione negotiorum gestorum, permutatione, commodati, pignoris, & aliis non famosis, contra ac errat *Bockelm. h. t.*

Eadem ratione concurrit cum omnibus criminibus publicis, *arg. l. 9. §. 2. ff. h.* quia hæc quoque infamant, *arg. l. 1. § 6. Postul.* Non vero cum privatis, nisi & inde infamia sequatur, uti est actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum. *arg. d. l. 1.* Nec cum extraordinariis, nisi cum & inde infamia fluit, ut in *l. 7. ff. publ. jud.* Conf. *d. l. 9. §. 2. & supr. tit. de his qui not. inf. q. 3.*

OBJ. (1) Etsi actiones illæ æque famosæ sint, non tamen actio doli extraordinaria posset concurrere cum ordinariis.

RESP. Hoc aliud impedimentum est, quod rarius, & tunc tantum obstat, cum ordinarium remedium æque pingue ac tutum est, uti cum quis ipso jure munitus est: *L. 16. pr. & §. 3. ff. Min. junct. l. 3. §. 1. Naut. caup. &c. Franzk. de in integr. rest. n. 8.* Alias enim regulariter Prætorium remedium expeditius est.

OBJ. (2) *L. 25. de Dol. mal.*

RESP. Ibi creditor dolo debitoris persuasus, quasi jam solvisset procuratori, consentit ut sententia absolveretur; quæritur, quænam actio ei competat? Et recte deciditur, actionem doli non dari, quia pristina actio ipso jure superest, quippe quæ per sententiam non tollitur nisi ope exceptionis; *tot. tit. de Exc. rei jud.* ea autem exceptio hic eliditur replicatione doli: quod nihil huc pertinet.

OBJ.

OBJ. (3) *L.* 3. *C. si tut. interv.* ubi & actio ordinaria & extraordinarium remedium restitutionis in integrum concurrunt.

RESP. Restitutionis remedium sua natura expeditius est ordinariis actionibus, nisi quis ipso jure tutus sit: de quo pluribus ad *Obj.* 1.

Usu fori hic nihil mutatum est, nam actio doli *hodieque* infamat, *Dn. Stryk. U. M. h.* §. 2. Indeque non concurrit cum negotiis bonæ fidei, nisi & ea infament. *Ibid.* §. 4. Quicquid dissentiant Dd. *h.*

Qv. IX. *An Pater de dolo teneatur?*

NEGATUR: Neque id dubium est, quia cum reverentia patri debita pugnat dolum ejus arguere, *l.* 11. *§.* 1. *dol. mal. l.* 4. §. 16. *Dol. mal. exc.* Atque hinc ex capite doli contra parentes non datur restitutio, sed actio in factum. *L.* 2. *C. Qui & adv. l.* 4. *§.* 16. *ff. dol. mal. & met. exc.* Conf. *Struv. ex.* 8. *th.* 56. *ibique Evolut.* Etsi vero quidam *hodie* actionem doli famosam non esse, indeque rationem illam cessare putent, tamen id verum non esse dixi ad *præced. quæst. in fin.*

Laut. p. 80. *in m.* verb. *non datur &c.*

Qv. X. *An actio de dolo etiam contra Universitatem detur?*

NEG. *l.* 15. §. 1. *&* 2. *h.* Quia universitas nomen juris est, & animo ac intellectu caret: Unde recte quæritur in *d.* §. 1. *Quid enim municipes dolo facere possunt?* hinc etiam universitas delinquere nequit, *c. Electus de Simon. c. Gravamen de sent. excomm. Gœdd. ad d. l.*

OBJ. *L.* 9. *§.* 1. *Quod met. caus.* ubi populus, Curia, & omnis universitas metum inferens ex delicto tenetur.

RESP. Non ut universitas, sed ut singuli, si omnes deliquerunt.

Qv. XI. *An actio de dolo biennio & detur & finiatur?*

RESP. Datur quidem, non vero finitur intra biennium; quid si enim ultimo die biennii actio interponatur, quod jure fieri potest, natura impossibile est, ut eodem die finiatur, sed necesse est, ut aliud tempus causæ cognitioni præfigatur, quod est tempus ordinarium instantiæ, nimirum triennium, secundum *l.* 13. *§.* 1. *C. de jud.*

Laut. pag. 80. verb. *Hæc actio &c.*

OBJ. *L. f. C. h.* ubi etiam finiri biennio dicitur.

RESP. Finitur ita, ut post biennium inchoari amplius non possit, si vero semel intra biennium inchoata est, tunc alio triennio instantia durat, juxta *d. l.* 13.

Hodie quoque actionem de dolo biennio finiri testis est *Dn. Stryk. h. th. 3.* at inchoatam, alia demum instantia, lege definita, finiri explicatum est *sup. tit. Quod met. caus. quaest. 5. & 6.*

Qv. XII. *An Exceptio doli sit perpetua?*

Laut. pag. 80. *in fin.* verb. *Quod etiam de doli &c.*

AFFIRM. *L. 5 in fin. Dol. mal. Exc.* Regulariter enim exceptiones sunt perpetuae, quia nulla negligentia rei est, qui excipere nequit, nisi agatur; sed actoris, qui non agit; hujus ergo negligentia ei non prodest, nec alteri innoxio nocet.

OBJ. Quod actio biennio finiatur: quoties autem exceptio per modum actionis intentari potest, toties finitur eodem tempore, quo ipsa actio.

RESP. Verum est, quod si ipsa actio per modum exceptionis opponatur, haec eodem tempore, quo ipsa actio finiatur, quia finita actione ea amplius opponi nequit, nec ut exceptio. At secus, si propria exceptio datur, uti hic, & non ipsa actio per modum exceptionis allegatur: Vid. *tit. de Restit. in integr. q. 11.* Nam exceptio doli non est ipsa actio doli per modum exceptionis opposita (ut nec exceptio metus,) sed longe latius patet, daturque in omni iniquitate, etiam ubi actioni locus non est; unde etiam separato titulo in libro 44. tractatur: Idque vel inde confirmatur, quia ratio, cur actio doli biennio finiatur, in eo ponitur, quod sit poenalis & ex delicto; quae ratio cessat in exceptione doli.

LIB. IV. TIT. IV.

DE MINORIBUS XXV. ANNIS.

Qv. I. *An Dies bissextilis in restitutione minorum pro uno habeatur?*

NOT. Diem bissextilem nihil aliud esse, quam collectionem horarum & momentorum, quae singulis annis ex spatio 12. mensium supersunt. singulisque 4. annis unum diem constituunt, qui proinde tum intercalatus fuit ad diem VI. Kal. Mart. seu 24. Febr. atque ille dies Sextus Kal. Mart. bis numeratur & bis sextus dictus fuit. Sed hodie rejicitur in finem mensis. Vid. *Goth. ad l. 2. ff. Divers. temp. praescr. & ad l. 3. §. 3 h. & ad L. 98. V. S.*

Quo praemisso dicimus, diem bissextum pro uno die haberi in computatione annorum: Cum enim in negotiis Praetoriis, adeoque etiam in materia restitu-

ſtitutionum, tempus computetur naturaliter, i. e. de momento in momentum, Vid. *pag.* 178. *qu.* 1. non poteſt non dies bisſextus intermedio tempore pro uno die haberi, quia re vera continetur ſpacio elapſorum annorum, & vera eorum portio eſt.

Neque de horum annorum tempore intermedio ambigitur, ſed de terminis quæritur, qui variant: Si enim dies bisſextus eſt *terminus a quo*, ut ſi quis eo die natus ſit, biduum illud pro uno die habetur, nec intereſt, priore an poſteriore die natus ſit, utroque enim caſu VI. Kal. Martii ſemper dies ejus natalis erit, *d. l.* 3. §. 3. *d. l.* 98. *princ.* ſive enim priore natus ſit, alter ejusdem anni pars eſt; ſive poſteriore, integer annus impletus eſt, ubi VI. Kal. Mart. denuo illuxit.

Si vero dies bisſextus eſt *terminus ad quem*, ut ſi quis natus ſit anno puro, ſeu qui intercalaris non eſt, annus vero 26. ætatis incipiat a bisſexto, prior dies natalis eſt, non poſterior. Atque ita nihil obſtat *l.* 98. *in fin. de Verb. ſign.* Unde, ſi quid geſſeris die priore, jam ceſſat reſtitutio, quia jam tum major eſſe cœpiſti, non demum poſteriore; a priore enim jam incepit annus ætatis 26. diesque tibi natalis eſt, poſterior vero ejusdem anni 26 portio, atque ita hic quoque biduum illud pro uno die habetur, quia uterque eſt anni 26.

NOTANDUM enim inprimis eſt, JCtum in *d. l.* 98. *in fin.* loqui de eo, qui VI. Kal. Mart. natus, & cui adeo VI. Kal. Mart. natalis, & initium, uti cujusque anni, ita & anni 26. ætatis eſt. Unde e contrario, ſi quis natus ſit V. Kal. Mart. ſeu 25. Febr. & annus 25. ætatis exeat in bisſextum, nihil refert, priore an poſteriore die quid geſſerit, ſed utroque caſu reſtitutio dabitur; uterque enim pars eſt anni 25. & poſterior intercalatur. *d. l.* 3. *§.* 3. *in fin.* ſequens vero dies V. Kal. Mart. demum natalis eſt, & initium anni 26. Omnibus igitur his caſibus biduum pro uno die habetur, & poſterior intercalatur. *dd. ll.*

Uſus hujus rei varius eſt: Si quis enim natus eſt 6. Kal. Mart. anni vulgaris, & finis infantiæ exeat in annum intercalarem, priore die jam erit infantia major, & quædam gerere poteſt, isque erit dies natalis anni octavi ætatis: Similiter ſi in talem annum incidat ætas, qua pubertati proximus ſit, ad hoc ut de dolo teneatur: item ſi pubertas, ad hoc ut pubes videatur, & denique ſi terminus ætatis minoris, ad hoc ut reſtitutio ceſſet, ſemper prior dies, ut infante majorem, ita pubertati proximum, puberem, & majorem facit. Quod ſi vero die V. Kal. Mart. natus ſit, omnibus illis caſibus, & priore, & poſteriore die, habetur adhuc pro infante, pro infantiæ proximo, pro impubere, & pro minore.

Qv. II. *Quisnam veniam ætatis concedere possit?*

Laut. pag. 81. verb. non impetraverit &c.

RESP. *Alii* dicunt eam esse meri imperii, *Bald. ad L. 3. de jurisd.* Alii esse imperii mixti, *Bartol. ad d. l. 3. n. 17.* refutati a *Mull. ad Struv. h. §. 53.* *Alii* & recte, soli Imperatori tribuunt *L. 1. L. 2. pr. L. 3. L. 4. C. his qui ven. æt. L. 3. min. Mull. d. l.* Ubi & rationem addit, quia est quædam dispensatio contra jus civile, quam solus Princeps concedere potest.

Hodie concessio hæc pertinet ad regalia, ita ut in Imperio solus Imperator, in suis vero terris ipsi Status jus hoc exerceant. *B. Par. J. Publ. c. 23. §. 9.* Non ergo hoc competit Cameræ, nec Comitibus Palatinis, nisi in specie id iis permissum sit. *Mull. ad Struv. d. l.* optime *Dn. Stryk. h. §. 10. seq.*

NOT. (1) Olim masculis viginti, fœminis 18. annis majoribus demum venia ætatis concedebatur: hodie vero Princeps citius quoque concedere eam solet. *B. Par. Hyp. Inst. tit. de Curat. §. 3. Papon. de arrest L. 16. tit. 2. art. 1. Mull. ad Struv. d. l. Dn. Stryk. h. §. 9.* ubi notat Comites Palatinos, quibus jus veniam ætatis concedendi concessum est, præcise adstringi ad observationem annorum lege statutorum.

NOT. (2) Quidnam requiratur ad legitimam veniæ ætatis impetrationem, & quisnam sit ejus effectus, late docet *Mull. ad Struv. d. l.*

Qv. III. *An minor contra impetrationem veniæ ætatis restitui possit?*

AFFIRM. Quia petitio & impetratio veniæ ætatis est actus minoris, & in minore ætate gestus, minor enim erat, cum daretur privilegium majoris: In eo ergo si læsus est, restituitur in integrum, sed ita, ut non a prætore, sed ab ipso Principe, hæc restitutio fieri debeat, quia inferior contra factum superioris non restituit. *L. 3. C. si adv. rem jud.* Atque ita sentiunt *Struv. h. §. 53. ibique Dd. & in Evol. ibid.* Vid. *B. Parens in disp. de lubr. at. §. 61. seq.*

OBJ. (1) Quod major sit declaratus, adeoque pro minore habendus non sit.

RESP. Eo tempore, ubi declarationem illam impetravit, adhuc minor fuit, adeoque si læsus inde est, restitui debet.

OBJ. (2) Quod minor, qui statum mutavit, non restituatur. *L. 9. §. 4. h.*

RESP. Falsum est, quod per impetrationem veniæ ætatis status mutetur. Vid. *tit. de Cap. Min. q. 1.*

OBJ. (3) Quod venia ætatis non concedatur nisi prævia inquisitione in mores minoris; adeoque lubricum ætatis tunc cessat, & consequenter restitutio, quæ in illo lubrico fundatur:

RESP.

RESP. Supponimus læsionem apparere, eoque constare lubricum ætatis adhuc durare.

QV. IV. *An restitutio detur contra actus medio tempore, ex quo veniam impetravit, gestos?*

NEGATUR: (1) Quia gessit ut major, & sunt actus majoris, (2) quia alias facto Principis alii circumvenirentur. *L. 1. C. His qui ven. æt.*

OBJ. (1) Quod tamen ex lubrico gesserit?

RESP. Lubricum ætatis ejusque beneficia definita sunt jure positivo, indeque contraria dispositione civili iterum auferri possunt, quod fit concessa venia ætatis; imprimis quia venia non impetratur nisi inquisitione in mores facta.

OBJ. (2) Quod per restitutionem omnia in pristinum statum reducantur, adeoque & intermedio tempore gesta pro non factis haberi debeant.

RESP. Imo illud solum in pristinum statum reducitur, contra quod petita fuit restitutio: illa autem non est petita, nec peti potuit contra actus post veniam ætatis, adeoque a majore gestos, sed contra actum petitionis veniæ, quem minore adhuc ætate & minor gessit.

QV. V. *Quo tempore Principes Electores fiant majores?*

Hanc quæstionem, cum magis sit juris publici, summo tantum digito tangemus. Equidem 18. annos ad plenam eorum ætatem definitos esse in Imperio constat ex *A. B. c. 7.* Verum quæritur, an illa definitio ad omnes eorum actus extendenda sit? Quod non videtur: (1) quia constitutio *d. c. 7.* unice loquitur de juribus & functionibus Archiofficii Electoralis, & quæ inde pendent: cum igitur illa correctoria sit juris communis, atque ita stricte intelligenda, verius est ad alios actus extendi non posse. (2) Quia cum restitutio sit beneficium ætatis, nulla ratio est, cur denegari id summis Imperii Principibus post annum 18. possit. Quæ latius explicata sunt a Perillustri Autore Disputationis *de Tutelis illustrium.*

Laut. p. 81. in med. ibi: pro minoribus etiam non &c.

Quæ OBSTANT, late resolvuntur a *B. Parente* in *Prud. jur. publ. c. 33. §. 25. & seq. Edit. noviss. junct. c. 29. §. 19.*

QV. VI. *An minor tantum ob enormem læsionem restituatur?*

NEGATUR: Sed sufficit quodlibet damnum: Exceptiones vide sup. *tit. 1. quæst. 8.* Conf. *Struv. h. §. 44. ibique Evol.*

Laut. pag. 81. verb. Enormis non &c.

OBJ. *L. 9. in fin. pr. L. p. de Min L. 1. C. si adversf. vend. pign.* Ubi non nisi ob grande damnum restitutio datur.

RESP. Agitur ibi de casu excepto, ubi sub hasta, v. g. ex causa pignoris, res minoris rite distrahitur, tunc enim minor non restituitur nisi insigniter læsus sit. *L. 7. §. 8. h.* Idemque est, si decretum judicis accesserit, *L. 11. C. de Præd. min. sin. decr.* Ratio est in *d. l. 7. §. 8.* Accedit, quod in pretio non quælibet inæqualitas corrigi possit, cum inter majores quoque tam certo id definitum non sit. *L. 54. C. E.* Add. *q. 13.*

Qv. VII. *Quis probare debet læsionem?*

Laut. pag. 82. verb. *& læsionem &c.*

RESP. Minor; quia in læsione se fundat, adeoque hoc fundamentum suæ intentionis probare debet. *L. 23. C. de Probat. l. 5. C. in integr. rest. L. 9. §. 4. Jurej. L. 2. ff. de Probat. L. 27. §. 1. ff. Minor.* Probatur autem læsio quoque ex ipsa natura actus, quando scil. negotium sua natura damnosum est, uti si alienavit, se obligavit alii, æs alienum vel alia onera in se suscepit &c. *Vid. B. Par. in disp. de Prob. negat. c. 4. §. 19.*

OBJ. *L. 16. C. Præd. & aliis rebus* &c. ubi non minor, sed ejus adversarius probare debet.

RESP. Adversarius ibi probare non debet minorem læsum esse, sed suam intentionem, in qua se fundat, scil. minorem esse factum locupletiorem.

Probata læsione, ea ex lubrico ætatis contigisse præsumitur, quamdiu in rem ejus versum non apparet, *l. 25. pr. & §. 1. Probat.* de quo inf. *quæst. 16.*

Cessat autem illa præsumtio (1) si casu læditur, *l. 11. §. 4. h.* nisi ipsum casum præcesserit lapsus ætatis, v. g. si minor domum vetustam & ruinosam ex lubrico ætatis emit, eaque corruit, *d. l. 11. §. 5.* (2) si jure cum majoribus communi usus est, uti si per injuriam judicis damnatur, cum nihil ipse neglexisset. *L. f. C. in integr. rest.*

Qv. VIII. *An effectus beneficii minorum ad majores quoque hæredes transmittatur?*

Laut. pag. 82. verb. *Effectus hujus &c.*

AFFIRMATUR: quia restitutionis privilegium est reale, quod etiam hæredi prodest, *l. 7. §. 1. l. 19. de Exc.* qui restituitur ex persona defuncti: Idque verum est, etsi ipse minor restitui noluerit, nam cum & hic contra renunciationem restitui potuerit, idem quoque jus ad hæredem transit. Accedit quod hæres restituitur ex persona i. e. jure minoris, non ex ejus voluntate. Denique exceptio semel nata auferri invito hæredi nequit. *L. 21. §. f. l. f. Pact. B. Par. in Disp. de Lubr. ætat. §. 24.*

DISSENTIT *Carpz. 2. Resp. 98.*

Qv. IX.

Qv. IX. *An restitutio prosit etiam fidejussori?*

Pro Regula statuendum est, fidejussori non prodesse, per *l. 13. pr. ff. de Min. tot. tit. C. de Fidej. min.* Cum enim fidejussor securitatem creditori promittat indefinite, si minor non solverit, omnino tenebitur, sive per inopiam aliasve causas solutio deficiat, sive propter beneficium ætatis. Quin, cum creditor sciat esse minorem, qui facillime restituitur, inprimis hunc eventum metuisse, & in eum sibi cavere voluisse videtur.

Laut. p. 82. verb. etiam fidejussor habet &c.

OBJ. (1) Quod fidejussor non possit esse obligatus, ubi principalis, seu minoris restituti, obligatio deficit.

RESP. Hoc casu non tollitur obligatio principalis, sed sola persona minoris læsi eximitur, *l. 43. ff. solut. arg. l. 6. pr. Quib. mod. pign. &c. l. 129. §. 1. R. J.* Etenim tantum ætati succurritur, neque fidejussor convenitur ex persona minoris, sed ex sua obligatione: Prætor ergo eximere tantum voluit minorem & ejus bona, & his ergo privilegium hoc cohæret, & hactenus illud est personale. *arg. l. 19. de Duob. reis.*

OBJ. (2) Quod beneficium restitutionis etiam minorum sit reale, & fidejussori prosit: *per text. expr. in l. 7. §. 1. ff. de Exc.* ibi: *aut pro minore 25. annis circumscripto.*

RESP. Verum omnino est esse beneficium reale, non minus ac reliquas restitutionum causas. *d. l. 7. §. 1.* Unde & hæredibus datur. *l. 18. §. fin. l. un. C. si adv. dot. junct. l. 196. ff. Reg. Jur.* & plane etiam fidejussori prodest, si ideo minor debitum non præstat, quia solvendo non est, vel alias deficit. *d. l. 7. §. 1. in fin.* At enim, si ideo deficit solutio minoris, quia ex lubrico ætatis læsus; atque adeo ex solo privilegio ætatis restituendus est, non prodest hoc fidejussori majori, quia Prætor hoc beneficio tantum ætati minori succurrere voluit, non majori, *l. 3. §. 4. l. 23. & post h. t.* adeoque sola persona minoris tum eximitur ut dictum.

NOT. Sunt tamen causæ, ex quibus restitutio minoris, etsi ex solo beneficio ætatis detur; tamen & fidejussori prodest. (1) Si non tantum actus, cujus ratione fidejussit, sed tota illa causa, in quam ille actus incidit, propter individuum nexum rescinditur: Adeo ut ipsa qualitas, sub qua obligatur minor, ejusque fidejussor, extinguatur: Uti si minor est defensor, & per imprudentiam judicium recepit, ac cavit judicatum solvi; Si enim postea contra cautionem restituitur, necessario & fidejussor liberatur, quia minor hac restitutione simul desinit esse defensor, qui solus cautionem hanc fidejussoriam præstat; Non ergo fidejussor liberatur, quia beneficium ætatis ad eum extenditur, sed quia tota causa fidejussionis, scil. defensio judicii abolita est. (2) Si adita hæreditate minor quasi hæres contraxit, & fidejussorem dedit, deinde vero abstinet

stinet obtenta restitutione, per eum necessario fidejussor quoque obligari desinit, quia non nisi pro hærede & pro contractu hæreditario fuit obligatus. Quoniam igitur minor hoc facto desinit esse hæres & hæreditas in alium transit, cuius respectu unice contraxit & cavit, minor, non potest non una & Contractus & Cautio exstingui, atque adeo & fidejussor liberari. *L. 89. ff. Adq. hær.* (3) In casibus Lauterbachii, qui proinde textus omnes non obstant. Conf. *Dn. Struv. Ex. 8. th. 60. Treutl. h. t. §. 8. lit. d. & B. Par. in disp. de lubrico ætatis §. 23. seq.*

Qv. X. *An minores adversus id, quod autore tutore vel curatore gesserunt, restituantur?*

AFFIRM. *L. pen. C. si adv. rem jud. arg. l. 47. §. 1. ff. h. t. l. 3. C. de in integr. restit. B. Par. in disp. de lubrico ætatis §. 26. seq.*

OBJ. (1) Videri cessare rationem a lubrico ætatis, cum maturi judicii tutore assistente gestum fuerit:

RESP. (1) Sufficit minorem, cujus res est, ex lubrico ætatis gessisse, quod tutor facto suo intervertere non potest. (2) Alias multo minus restitutio daretur, cum tutor ipse, vir justæ ætatis & judicii solus gessit, *d. l. 3. d. l. 47. §. 1. l. 1. C. si tut. interv. &c.* Inspicitur ergo sola persona minoris, ad quem res pertinet, & cujus conditionem præsentia tutoris deteriorem reddere nequit.

OBJ. (2) Minor non videtur læsus, cum actio ipsi contra tutorem salva sit.

RESP. Cum illa concurrit restitutionis remedium, quippe expeditius & utilius per *l. 1. in fin. C. si tut. vel cur. int.*

Qv. XI. *An restitutio minoris prosit etiam majoribus sociis, consortibus communem causam habentibus?*

RESPONDET *B. Parens in disp. de Lubrico ætatis §. 28.* Negando Majoribus eam prodesse, in *l. 47. §. 1. ff. de Minor. l. un. C. Si in comm. ead. caus. in integr. restit. postul.* Sicuti etiam Prætor Edicto suo restitutionem solum de eo, quod cum Minore, non, quod cum consorte ejus gestum erit, pollicetur. Beneficium enim restitutionis Minoris majori non datur, *p l. un. C. de Minor. & l. 47. §. 1. ff. de Minor.* nec communis causa commune statim facit auxilium.

Nisi forte (1) socius, aut Fidejussor hæres Minoris fiat, *l. 18. §. ult. & l. seq. ff. de Min. l. 4. C. de Temp. in integr. restit. Carpz. part. 2. Constit. 11. Def. 34. n. 10. & seq. & in Proc. tit. 19. art. 2. §. 7.* quo casu tamen, non quidem ut fidejussor, vel socius seu consors, sed ut hæres Minoris restituitur, *juxt. l. 95. §. 3. ff. de Solut. Struv. Exercit. 8. th. 60. in fin.* vel (2) causa plane sit indivi-

dividua, eaque neque Minor, neque Major legitimo tempore usus fuerit, quo casu utrique juxta Dd. interpretationem *ad l. 10. ff. Quemadm. serv. amit. l. 72. ff. de V. O.* succurretur. Conf. *Berlich. part. 2. dec. 180. Moller. lib. 4. Semestr. cap. 1. n. 27. & seq. Carpz. part. 1. Constit. 16. Definit. 17. num. 2. Resp. 98. n. 3. 4. & 12. Struv. in Jurisprud. lib. 3. tit. 22. aphor. 17. Modest. Pistor. Consil. 47. quæst. 2. n. 38.* Quænam autem causa individua sit, egregie explicat *Carpz. in Processf. tit. 19. art. 2. n. 33. & seq. Sfort. ad Tractatum de in integrum restitut. P. 1. q. 94. art. 4. n. 12. & art. 5. n. 15.* ex Dd. generalem colligit Regulam, quod in hac materia interpretes illud individuum vocent, quod si is, qui restituendus est in integrum, non possit sentire effectum restitutionis plene & integre, nisi ille prosit, & communis sit cæteris litis consortibus, licet alias restitutio ipsa iis non competeret. Et sic summatim definitur neque Patri, neque Fidejussori, neque Tutori, neque consorti restitutionem minoris, ob lubricum ætatis lapsi prodesse.

Qv. XII. *An minor, qui hæres est Majoris, adversus hujus gesta restitui possit?*

NEGATUR: Neque enim suo jure restituitur; quia ipse læsus non est, nec ex jure defuncti, quippe cui restitutio non competiit: Atque hoc ita traditur in *l. f. C. si adv. vend.*

OBJ. *L. 38. Min.* ubi pupilla impetrat restitutionem ob gestum a patre defuncto.

RESP. Illa restitutionem petiit ex propria negligentia, nam ipsa die solutionis veniente non solvit, indeque lex commissoria a defuncto adjecta exstitit, contra hanc propriam negligentiam, ergo ex lubrico ætatis restituitur. Vid. *Struv. Evol. ad. h. t. th. 59.*

Qv. XIII. *An minor possit restitui contra gesta parentum?*

Laut. pag. 83. verb. *contra patrum gesta &c.*

Vid. *sup. tit. 1. q. 8. & Dn. Stryk. U. M. h. §. 12.* ubi de praxi.

Qv. XIV. *An contra venditionem sub hasta detur restitutio in integrum?*

Laut. p. 83. verb. *Si plus litigandi &c.*

AFFIRMATUR: *L. 11. C. de Præd. & aliis reb.* &c. Modo gravis læsio adsit, ut dictum *quæst. 2.* Atque hoc vel ex eo patet, quod singulariter statutum sit, ut restituatur minor contra subhastationem ex causa debiti fiscalis. *L. 5. C. fid. hast.* Vid. *Laut. h. t.* Extra eam causam igitur restitutio permissa est; quia exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, *arg. l. 1. pr. Off. ejus cui mand.*

mand. &c. Idque præjudiciis firmant *Guid. Papa dec.* 536. *Afflict. dec.* 340. *Marc. dec.* 565. *Berl. p.* 1. *dec.* 113.

Qv. XV. *An restitutio detur contra restitutionem semel denegatam?*

NEGATUR, si petita semel denegata est, & denuo petitur ex eadem causa, *per tot. tit. C. si sæpius restit. &c.* At ex alia causa, & alio gravamine, peti potest, etsi ex altera negata sit. *Mev. p.* 4. *dec.* 358. Vid. *disp. B. Par. de lubrico ætatis* §. 60. *seq.*

OBJ. *L.* 7. *§.* 9. *h.* ubi auditur, qui contra repudiatam hæreditatem restitutus petit restitui adversus aditionem.

RESP. Repudiatio & aditio sunt diversæ læsionis causæ: *Alia* læsio est, quæ ex repudiatione hæreditatis oritur, ex qua minor restituitur ad eum effectum, ut adire possit: Alia quæ ex novo hoc facto aditionis oritur; hæc alia causa est nondum cognita, ex qua denuo restituendus est minor.

NOT. Si negetur restitutio ex alia forte causa petita, a denegata appellari potest. *L.* 1. *C. si sæp. in integr. Carpzov.* 2. *Resp.* 97. *num.* 12.

Qv. XVI. *An minor restituatur in integrum contra rem judicatam, i. e. sententiam ipso jure validam?*

RESPONDET *B. Parens in disp. de lubrico ætatis* §. 30. *seq.* his verbis: Ubique id affirmandum esse, si ipse minor gessit, & adversus ipsum judicatum sit, propterea quod Edictum in *l.* 1. §. 1. *ff. de Minor.* in specie & determinate conceptum sit de Minore, si cum eo quid gestum, aut adversus eum judicatum sit. Sed Impp. Dioclet. & Maxim. in *l. fin. C. si adversus rem jud. rest. postul.* latius hoc restitutionis auxilium extendunt, ut ad illud convolare liceat, sive contra ipsum Minorem, sive contra ejus tutorem, vel curatorem sententia lata sit, dummodo ea in præjudicium Minoris vergat, & eidem læsionem afferat. *l. ult. h. t.*

Ac sane, perinde hoc casu est, acsi minor esset condemnatus, quando tutor nomine pupilli, vel curator nomine Minoris condemnatur, quia, cum executioni danda sententia, contra pupillum, vel minorem, non contra tutorem, vel curatorem datur. Et quidem procedit hæc assertio, sive inferior Magistratus, sive quis vice Principis, vel ipse etiam Princeps sententiam dixerit. *l.* 18. §. 1. *ff. de Minor. l.* 3. *C. si advers. rem judic.* Imo, procedit illa, licet tutores adstiterint pupillis, vel minoribus *juxt. l.* 4. *C. h. t.* sive definitiva, sive interlocutoria fuerit hæc sententia. *Mynsing. Cent.* 4. *Observ.* 21.

Qv. XVII.

Qv. XVII. *An minor restituatur contra Confessionem delicti?*

NEGATUR: Per *l. 37. ff. f. h. Vid. P. 2. tit. de confessis q. 3.*

Conf. *Struv. h. th. 57. ibique Dd. C. J. A. Tit. de Confess. th. 8. Treutl. V. 1. D. 11. th. 12. lit. c. ibique Bachov. Scotan. Disp. 26. th. 24.*

Laut. pag. 83. verb. in veris delictis &c.

Qv. XVIII. *Si restitutione impetrata v. g. emtor pretium, quatenus in rem minoris versum est, repetat, quis probet versionem, an emtor qui eam asserit, an minor, qui eam negat?*

RESP. Variant valde Dd. *Alii* enim minori neganti *Struv. ex. 8. th. 49. Alii* creditori vel emtori affirmanti; *Alii* soli fœneratori in mutuo, in cæteris vero negotiis minori probationis onus imponunt: *Alii* tunc demum minorem probare dicunt, cum usuras petit, non sortem; *Alii* aliter; quas sententias collegit *B. Par. in Disp. de directa prob. negat. c. 4. §. 18.* Qui secutus distinctionem *Carpzovii* & aliorum, ei versionis probationem injungit, qui in ea se fundat, sive is emtor vel creditor sit, sive venditor minor, *dict. disp. c. 4. §. 19.*

Videndum ergo inprimis est, cujus ea sit intentio? Scilicet in mutuo eam esse *creditoris* intentionem liquet; minoris enim intentio est, se læsum esse, quæ hoc ipso probatur, quod se obligaverit: ex obligatione enim, ut ex alienatione sequitur sua natura imminutio facultatum. Quod si igitur creditor e contrario contendat, hoc casu minorem non esse læsum, sed pecuniam in ejus rem versam, ejus ista intentio, & ab ipso probanda est. Secus igitur videtur, si ex mutuo læsus non sit, eo quod forte indiguit pecunia ad necessitates suas v. g. ad fulciendas ædes, quæ alias ruituræ essent, ita ut & bonus paterfamilias pecuniam mutuam sumturus fuisset. Hoc casu, cum ex obligatione læsus non sit, sed læsum se dicat ex eo, quod in alios usus male consumserit, ipsius minoris ea intentio est, qua se læsum dicit, & quam proinde ipse probare debet: de quo *l. 24. §. 4. ff. h.* ibi: *in vendendo fundo circumscriptus.* Etenim læsionem ipsam minor, qui in ea se fundat, probare debet. *l. 9. §. 4. de Jurej. B. Par. in dict. disp. c. 4. ff. 21.* Conf. *H. Pist. l. 1. q. 38. n. 16. & 18. Fab. l. 2. C. tit. 18. def. 4. n. 9. Carpz. P. 2. C. 11. def. 14.*

Idem quoque obtinet in *Emtione*, si minor vendiderit, & pretium in ejus rem versum dicatur, quod ipse negat. Ubi tamen plurimum interest, ex ipsa venditione minor se læsum asserat, an ex solutione pretii. Si de venditione non quæritur, nec per eam læsus est, sed contendat pretium acceptum se male consumsisse, ipsi hoc probandum incumbit, quia ejus hæc intentio est, qua ipse læsum se asserit, *d. l. 9. §. 4.* Si vero in ipsa venditione se læsum dicat,

 idque,

idque, veluti fundamentum intentionis suæ, probaverit, emtor vero, ea rescissa, pretium repetere velit, hic probare debet, quantum in rem minoris (nam eatenus tantum repetere potest) versum sit. *d. c. 4. §. 22.*

Hoc ultimum assertum probatur (1) quia in eo se fundat emtor, & allegat pretium in bonis minoris exstare: hoc ergo fundamentum suæ intentionis probare debet. *d. c. 4. §. 22.* Neque enim (2) præsumitur minor frugaliter expendere. *l. 25. §. 1. ff. de Probat.* Eaque sententia (3) textibus juris firmatur in *l. 1. C. si adv. cred. l. 32. §. 4. ff. Adm. tut. l. 10. l. 16. C. Præd. min. l. 27. §. 1. vers. item &c. ff. de Minor.* Atque eam (4) omnes fere Dd. approbare ait *H. Pist. d. q. 38. n. 14. B. Par. d. Disp. c. 4. § 23. Brunn. ad d. l. 10. Fab. l. 5. C. tit. 38. def. 1. n. 8.* Ita quoque in contradictorio decidit curia Halberstadiensis in causa Olthoff c. Delius & in causa Sandau c. Hanemüller.

Atque ita planus est textus ille difficilis & agitatissimus in *d. l. 24. §. 4. ff. h.* & inprimis verba ejus finalia: *parcius in venditione &c.* Conveniunt enim in eo mutuum & venditio, quod minor probata læsione restituendus sit, idque gratis: Nisi pars adversa, sive creditor, sive emtor, probet nummos in ejus rem versos. Hoc tamen parcius fiet in venditione, ex qua emtor pretium ex necessitate solvit, quam in mutuo, quo creditor sponte sua credit, adeoque difficilius ille recipiet pecuniam creditam, quam pretium solutum.

Atque hinc non OBSTAT (1) *L. 1. C. si adv. Cred.*

RESP. Ibi e contrario expresse dicitur, quod probari debeat assertio minorem esse locupletiorem factum, ea autem est assertio creditoris. *d. Disp. c. 4. §. 24.*

OBJ. *(2) L. 2. C. Eod.*

RESP. Ibi dicitur tantum, quod debeat in rem minoris versum esse; cui autem competat ejus probatio, id in textu non deciditur.

INSTO: Ita nunquam minori incumberet probatio versionis, nam sufficeret ei ad restitutionem, quod obligatus sit, ex obligatione enim, ut ex alienatione, læsionem præsumi jam supra dictum est.

RESP. Imo sunt casus, ubi minor non ex obligatione vel ipsa venditione læsum se dicit, sed ex eo, quod mutuo acceptam pecuniam vel ex venditione acceptum pretium male consumserit &c. His casibus omnino ipsi minori probandi onus imponetur. *d. disp. c. 4. §. 25. 26. 27.*

OBJ. (3) *L. 24. §. 4. de Min. L. 1. C. de Reput. quæ &c.*

RESP. Textus illi non decidunt, cui incumbat probatio, sed tantum quod

quod debeat minor id quoque reddere, unde factus est locupletior. Conf. *d. c. 4. ʃ. 28.*

OBJ. (4) *L. 32. §. 4. ff. de Adm. tut.*

RESP. Expresse ibi dicitur minorem non teneri, nisi in rem suam versum probetur: Ergo hæc assertio probanda est, in rem minoris versum esse. Cujus vero illa est? Sane creditoris; cujus cum hæc sit intentio, eam ipse probat, non minor, utpote qui id negat, & præsumitur pro eo, ex ætatis ejus lubrico. *d. c.* 4. §. 28.

OBJ. (5) Quod creditor indistincte dicatur pecuniam repetere posse, nisi si tunc dederit minori, cum eum perditurum non ignoraret:

RESP. Hic casus exceptus non excludit alios, qualis est, cum pecuniam in minoris utilitatem versam non probat: Alias enim creditor repetere non posset, etsi probet in rem minoris versum. Alias responsiones, vide apud *B. Par. in d. c. 4.* §. *29. & 31.*

DISSENTIT *Bus. ad l. 11. ʃ. 4. Min. Hillig. l. 21. c. 10. lit. c. Struv. Ex. 8. th. 49.*

QV. XIX. *Quid si emtor supplere velit pretium, an cesset restitutio?*

AFFIRM. si læsio tantum in quantitate pretii consistat, tunc enim eo suppleto omnis læsio cessat, *arg. l. 12. §. 1. vers. Enim vero &c. ff. jur. dot.* Secus si læsio in alio commodo consistat, quod reparari non potest, nisi restituta re ipsa, quæ alienata est. *l. 24. §. 4. vers. jubeat &c. h. t. Struv. Ex. 8. th. 50.*

OBJ. (1) Quod cesset suppleto justo pretio illa læsio, adeoque ipsa restitutio.

RESP. Falsum in posteriori casu.

OBJ. (2) Quod ita alia ratione consulatur minori, dum offertur supplementum pretii, adeoque non est danda restitutio.

RESP. Imo non consulitur suppletione prædii, quando interest rem ipsam restitui.

QV. XX. *An minor dolose agens restituatur, si adversarii dolus concurrat?*

NEGATUR: Nunquam enim restituitur minor, si dolus ipsius intervenerit, quia (1) dolo non succurritur. *L. 3. vers. additur &c. C. de Minor.* Sed tum demum cum arte adversarii læsus est, si forte is fecit, ut aspectu videretur major &c. *d. l. 3. pr.* Neque enim (2) beneficia dantur delinquentibus. *L. 2. ʃ. 3. ff. ad SCtum Vellej.* Et (3) in pari dolo melior est conditio possidentis,

Laut. pag. 84. verb. Dolus adversarii &c.

dentis, *arg. l. 3. de Cond. ob turp.* Neque (4) actor dolum compensare potest, reus potest. *L. 4. §. 13. ff. Dol. exc.*

OBJ. *L. 36. de Dol. mal.*

RESP. Cum dolus dolo compensatur, tunc tollitur actio, non vero, ut nunc quærimus, datur; Et nunquam ei, qui dolo fecit, remedium datur, etsi alter quoque dolo fecerit, ex rationibus & textu allegatis. Non ergo dari minori potest ex suo dolo actio seu restitutio, qui ipse dolo fecit, sed actio denegatur utrique, & hoc ipsum sequitur ex compensatione.

DISSENTIUNT *Dd. Comm.* quos in praxi obtinere ajunt *Franzk. h. t. n. 2. Brunn. l. 2. C. Si min. maj. Gail. l. 2. O. 65. n. 1. & 2. Mynf. 4. O. 20. n. 3.*

QV. XXI. *An per juramentum minoris corporale cesset restitutio?*

Laut. pag. 84. verb. juramentum corporale &c.

AFFIRM. *Auth. Sacram. puber. C. si advers. vend.* ubi constituitur, sacramenta puberum inviolabiliter servanda esse: quæ constitutio desumta videtur ex Jure Canonico, ubi omne juramentum, quod sine præjudicio animi servari potest, religiose servandum est. *c. 28. de Jurej. Dn. Stryk. U. M. h.*

Adeo ut nec dispensatio locum habeat: *Goth. ad l. 1. C. si adv. vend. lit. q. Struv. Ex. 8. th. 54. in fin.* ubi addit rationem, ne constitutio Imperatorum periculo animarum consulens, per indirectum eludatur. Conf. *Gail. 2. O. 41. n. 8.* Quod tamen in Gallia, Belgio, Italia & Hispania, non obtinere ait *Gothofr. ad dict. Auth. Müller. ad Struv. d. th. 54. lit. e.*

Idque verum est, etsi minor non fuerit monitus de beneficio restitutionis in integrum. *Struv. d. th. 54. Gail. d. O. 41. n. 5. Müll. ad d. th. 54. lit. α.* ubi & rationes dissentientium exhibet.

Equidem statuunt *Dd. comm.* pertinere id tantum ad ea negotia jurata, quæ non nisi ætatis beneficio, non etiam ad ea, quæ ex causis majorum rescinduntur: adeoque non ad læsionem enormem, aliasque causas majoribus communes. *Christ. vol. 2. dec. 105. & vol. 5. dec. 225. Gail. l. 2. O. 41. in fin. Bus. ad l. 11. h. t. n. 10. Müll. ad d. th. 54. lit. γ. Dn. Stryk. U. M. h. th. 15.*

Verum multo mihi tutior, &, si jure certetur, verior videtur sententia contraria, omnibus scil. casibus juramenta minorum puberum esse servanda, quibus & majorum: (1) Quid enim evidentius videri potest his verbis: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus &c. inviolabiliter custodiantur*, qua specie jam quis auderet legi huic inserere *de contractibus, beneficio ætatis retractandis:* cujus ne umbra quidem inde apparet. (2) cum unica & sola hujus constitutionis causa sit, ut periculum animæ caverent Imperatores, illud æque imminet ex perjurio, quod minor in contractibus, qui beneficio ætatis, quam qui ex

ex aliis causis, retractantur, committit. Quid enim interest, ex causa ætatis, an ex alia restitui petant? Unde (3) gravissime Severus Imperator increpat minorem restitutionem contra jusjurandum petentem his verbis: *Neque perfidiæ neque perjurii me autorem tibi futurum sperare debuisti*, *l. 1. in fin. C. si adv. vend.* Fit igitur autor perjurii judex, qui minores contra juramentum restituit. Sed & (4) expresse in *d. Auth. sacramenta &c.* tantum excipitur jusjurandum vi & metu, vel qui his comparatur, dolo extortum, *c. 28. x. de Jurej.* Certum igitur est, in omnibus reliquis casibus non exceptis persistere regulam, ut sacramenta puberum inviolabiliter custodiantur, nisi metu vel dolo extorta sint. Hoc enim est argumentum illud, quod fortissimum dicitur in *l. 1. pr. de Off. ejus.* Cui accedit (5) quod juramenta metu & dolo extorta non alia ex causa excipiantur, quam quia nec majores inde tenentur *d. Auth.* verb. *etiam a majoribus.* Adeo in materia jurisjurandi minores comparantur majoribus. Atque hæc sententia & animæ minoris, & judici tutior est, nec in judicando ab ea recedi posse existimo.

OBJ. Quod minor jurans non videatur cogitasse nisi de beneficiis ætatis, non de causis majorum.

RESP. (1) Id quisque cogitasse intelligitur quod dixit, & ex verbis de mente loquentis imprimis statuendum est. *l. 7. in fin. ff. de supell. leg. l. 3. ff. de reb. dub.* Generaliter igitur jurans generaliter tenetur. (2) Non sufficeret allegare, se id non cogitasse, sed probandum id foret, cum verba fuerint generalia. Eo vero probato non opus esset restitutione, quia nec de eo contractum esset, *arg. l. 9. §. 5. ff. de transact.* Verum (3) uti in pactis, ita & in jurejurando, non inspicitur quid ab uno mente retentum, sed quid inter utrumque actum cogitatumque fuerit. *d. l. 9. per tot.*

QV. XXII. *An, si contractus sit ipso jure nullus, hic quoque juramento minoris confirmetur?*

Distinguunt hic quoque, an nullitas a vitio ætatis pendeat, an majorum quoque negotia vitiet. *Dn. Struv. Exerc. 8. th. 54. & ibi Müller. Carpz. p. 2. c. 11. def. 50.* Cæterum nec huic sententiæ accedere possum: (1) Quia ætati minorum Prætor tantum succurrit per restitutionem; Jure enim civili contractus minorum puberum subsistunt perinde ut majorum; neque adeo ob hanc ætatem negotia fiunt ipso jure nulla. (2) Jure civili ne quidem jusjurandum majorum tenet, si negotium ipso jure nullum sit; *l. 5. C. leg.* Cum vero id J. Can. correctum, & merito sancitum, omne jusj. servandum esse, quod jurans sine dispendio animæ servare potest, *d. c. 28. X. de Jurej &c.* consequens omnino est, juramento tali, uti majores, ita & minores obligari: quia in materia

jurisj.

jurisj. illi majoribus comparantur. Et (3) eadem ratio, idemque animæ periculum eſt, ſive negotium ſit nullum, ſive reſcindendum.

OBJ. Quod *d. authentica* tantum loquatur de contractibus validis, ibi: *contractibus rerum ſuarum non retractandis.*

RESP. (1) Quod dicta authentica loquitur de retractatione contractuum, conveniens eſt juri civili, quo, ſi nullus ſit contractus, nec jusjurandum valet, *d. l. 5.* Hoc autem cum generaliter mutatum ſit jure Canonico *d. c. 28.* mutatio illa ad omnium juramenta pertinet, quia nec jure Can. inter majores & minores diſtinguitur, nec jure Civili, per *d. auth.*

RESP. (2) Etiam ea, quæ ſunt odioſa, extenduntur ubi eadem eſt ratio.

QV. XXIII. *An reſtitutio locum habeat, ſi aliud ordinarium remedium adſit?*

Laut. pag. 84. verb. (5) *aliud neque.*

NEG. Si hoc æque commodum eſt; nam ubi ordinario modo proſpicitur, non debemus ad extraordinaria remedia provocare. *l. 16. de Min. arg. l. 12. Acq. hær.*

OBJ. *L. f. reſt. l. 3. C. ſi tut. vel. cur.* ubi pupillus habet actionem perſonalem contra tutorem, & tamen ei conceditur reſtitutio in integrum.

RESP. Ibi non eſt æque commodum remedium, facilius enim reſtituitur in integrum, quam contra curatorem agit.

QV. XXIV. *An præſcriptione quadriennii, ex quo quis major factus, reſtitutio tollatur?*

AFFIRM. *L. f. C. de temp. in integr.* nam lapſo hoc tempore, cum minor non contradicit, ſuum vel curatoris factum ratihabuiſſe cenſetur. Hinc ergo apparet, legem illam tantum loqui de caſu, ubi negotium validum eſt, ſi enim ipſo jure nullum eſt, uti eſt ob defectum ſolennium, tunc ſi cauſa ſit oneroſa, quinquennio, ſi lucrativa, longo tempore demum convaleſcit; *l. f. C. ſi maj. fact. &c.* de quo ad *Laut. pag. 479.* modo minor nullitatem ſciat, ut quidem putat *Brunn. ad d. l. f. C. temp. in integr.* Vid. *tit. 6. in ſ. quæſt. 3. & 4.*

QV. XXV. *An civitas aliave univerſitas reſtitui poſſit?*

AFF. Nam univerſitates utuntur jure minorum, *l. 4. C. ex. quib. cauſ. maj.* quia eadem ratio eſt, cum ſoleant quoque earum res per alios geri.

OBJ. (1) *L. 27. R. Cred.*

RESP. Aliud eſt, & non reſtituitur Civitas, ſi pecunia in utilitatem ejus verſa probetur.

OBJ.

Obj. (2) *L. 22. in fin. Ex quib. caus. maj.* ubi ex clausula generali restituuntur.

Resp. Inde non excluduntur causæ speciales ex capite minorum, doli, &c.

Obj. (3) Quod non quælibet universitas, sed tantum major intelligi videatur. *L. 3. C. Jur. reipubl.* verb. *de republica* & *l. 27. C. Reb. Cred.* voc. *de Civitate.*

Resp. Eadem ratio est in aliis corporibus, quippe quæ per alios reguntur.

Conf. *Laut. h. Struv. h. §. 61. ibique Mull.* ubi simul explicat quando & in quibus causis Respublica jure minorum utatur. Atque eam sententiam, omnes universitates, & quidem intra quadriennium, restitutionem impetrare posse, in foro receptam ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 17.*

LIB IV. TIT. V.

DE CAP. MINUTIS.

Qv. I. *An deportatio pertineat ad maximam an ad mediam capitis diminutionem?*

Resp. Non equidem id in controversiam cadit, satisque notum est, pertinere ad mediam. *L. 5. l. fin. h. t. §. 2. Eod.* Sed

Obj. *l. 5. §. f. de Extraord. Cogn.* ibi: *cum libertas adimitur, veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ in persona deportatorum venit.* Adeoque per deportationem libertas adimi videtur.

Resp. Textus ille loquitur in genere de magna capitis diminutione, quam minimæ opponit, adeoque duas species, maximam & mediam complectitur, & utriusque exempla promiscue recenset, uti *cum libertas adimitur*, quæ dicitur maxima *vel uti* (hæc enim voces separandæ videntur) *cum aqua & igni interdicitur*, quæ est capitis diminutio media: & sic de cæteris.

Hodie in locum hujus deportationis successit bannum, non tantum Imperii, sed & Statuum, quo omnia jura amittunt, *Stryk. h. §. p.* Aliquando quoque fustigatio. *ibid. § ult.* At relegatio, licet in perpetuum facta, nullam infert capitis minutionem, ne minimam quidem, quin & domicilium relegatus

tus retinet, & per familiam ibi habitare poteſt. *B. Par. Hyp. Inſt. tit. cap. dimin.* §. 2.

Qv. II. *An hodie tituli hujus aliquis ſit uſus?*

Laut. p. 85. verb. *Hodie hujus edicti.*

NEGAT. hoc *Dn. Struv.* §. *66. h.* quia jure Novellarum emancipatio non amplius infert capitis diminutionem, quippe cum emancipatus æque ac ſuus ſuccedat: indeque omnis differentia hodie ſublata ſit; omnisque proinde effectus ceſſet. Inprimis quia cauſa juris antiqui, qua in imaginariam ſervitutem deducebatur emancipatus, eoque omnia jura amittebat, atque non niſi per reſtitutionem ea recuperabat, tota ceſſat, *Dn. Stryk. U. M. h. ſ.* 2. Equidem hoc negari nequit, hodie imaginariam illam venditionem & ſervitutem ceſſare; At quia quoad quosdam effectus emancipatio hodieque pro Capitis diminutione habetur, *Idem d. l.* in totum abrogatum hoc edictum dici nequit: Licet adæquati ſint ratione ſucceſſionis ſui & emancipati, in eo tamen differunt, quod illi ipſo jure adquirant hæreditatem, hi non, niſi aditione &c. Accedunt infiniti alii effectus patriæ poteſtatis, transmiſſionis, &c. Vid. *Diſp. B. Par. de Succeſſ. Nepot.*

Qv. III. *An hodie in arrogatione hoc reſtitutorio edicto opus ſit?*

NEGAT. hoc *Ill. Dn. Stryk. h.* §. 5. quia non opus eſt reſtitutione, cum creditoribus jus ſalvum ſit contra patrem arrogatorem, tanquam ſucceſſorem univerſalem. *arg. l. 2. pr. h.* junct. *l. 7. ſ. 2. h.* Equidem, ſi creditores malint hoc edicto uti contra ipſum arrogatum, licebit omnino hodieque juxta *l. 1.* §. *2. in f. h.* Idque aliquando magis expedire, quin neceſſarium fieri poſſet; uti ſi arrogator obæratus eſſet, filius peculiis locuples.

LIB. IV. TIT. VI.

EX QUIB. CAUS. MAJ.

Qv. I. *Quid interſit inter geminam hujus edicti clauſulam generalem & ſpecialem?*

Laut. pag. 85. verb. *propter abſentiam &c.*

RESP. SPECIALIS habetur in *l. 1. ſ. 1. 2. & 3. h.* Ejusque hæ ſunt cauſæ: (α) Abſentia ex juſto metu, *l. 1.* §. *1. l. 2. l. 3. ff. h. t.* vel rep. cauſa; ſi rem abſentis præſens uſuceperit. *L. 1.* §. *1. ff. h. t. l. 4. & ſeqq. l. 30. & ſeq.*

& seq. ff. eod. §. 5. *Inst. de Action.* & quævis alia, si absens rem præsentis. *d. l. 1. §. 2. l. 21. l. 22. l. 29. eod. tit.* (β) Si actor in servitute; *l. 23. §. 1. h. t.* vel alterutra pars in vinculis, aut hostium potestate sit, *l. 1. §. 1. §. 2. h. t. l. 9. & seqq. l. 23. princ. & §§. seqq. eod. tit.* (γ) Si possessor vel debitor secum agendi potestatem non faceret, *d. §. 2. d. l. 23. §. fin. & ll. seqq.* (δ) Si invitum in jus vocare non liceret; *d. l. 1. §. 2. l. 26. §. 2. §. 3. h. t.* (ε) Si Magistratus facto jus perierit. *d. l. 1. §. 3. d. l. 26. §. 4.* quo & pertinet, si ferias extra ordinem indixerit. *d. l. 27. §. 7.*

Verum hæ causæ cessant, cum actor procuratorem reliquit, vel reus defensorem. *d. l. 1. §. 2. l. 21. §. pen. & ult. l. 23. l. 39. eod. tit.*

Licet vero *hodie* præsentibus contra absentes aliud quoque remedium indultum sit, ex *l. 2. C. de Ann. exc.* non tamen per id hæc restitutio ratione rei absentis hodie sublata est, uti quidam putant, quia pingvior est restitutio, quam remedium. *d. l. 2. Dn. Stryk. h. §. 2.*

GENERALIS clausula est, quam Prætor speciali subjecit in *d. l. 1. §. fin.* quaque omnes alias justas causas complectitur; quippe quæ specialiter omnes exprimi non potuere: uti si quis non quidem Reip. sed tamen ex alia causa necessaria abest; *l. 26. §. fin.* quo & pertinet, si quis militiæ, vel officii, vel studiorum causa vel coactus abest, *arg. l. 7. & seqq. l. 28. l. 36. eod. tit.* quia hæc omnia ad causam boni publici pertinent: secus ergo, si privati tantum commodi causa. *d. l. 36. l. 42. ff. eod. tit.*

Alia exempla clausulæ generalis sunt in *l. 36. §. 1. l. 33. princ. ff. h. t. l. 1. §. 9. ff. de Itin. act. priv.* qui textus eam clausulam generalem vocant: *l. 28. princ. & §§. sqq. l. 1. §. fin. Quod fals. tut. l. 35. ff. de serv. rust. &c* ejusque clausulæ commentarius habetur in *l. 26. §. fin l. 27. l. 28. l. 29. h. tit.* Eo quoque pertinent causæ læsionis enormis, *l. 2. C. de Resc. vend.* instrumenti noviter reperti post jusjurandum necessarium, *l. 31. ff. de Jurej.* & aliquando post sententiam. *vid. ad tit. Quæ sent. sin. app.* Hæ enim omnes origine Prætoriæ, & hujus clausulæ generales sunt, sed jure civili ad certum modum restrictæ: de quibus suo loco. *Vid. sup. lib. 4. tit. 1. q. 1.* Item, si quis Advocatum habere non potest, *l. 15. §. fin. l. 23. § f. seq. h.* aliæque quæ judicis arbitrio hodieque relinquuntur. *Mev. p. 5. dec. 5. Dn. Stryk. h. t. §. 3.*

Atque ex hoc capite contra omnes sententias gravatoriales restitutionis remedium intentari solet. *Mev. p. 2. d. 65. p. 2. dec. 327.* Quod tamen bene restringit *Dn. Stryk. d. l.* ut restitutio illa non detur, nisi ex novis, relevantibus, & citra læsi culpam antea omissis causis. *O. C. p. 3. tit. 52.*

De differentia restitutionis, prævia citatione, & brevi manu, vid. *Dn. Stryk. d. l. §. 4.*

Qv. II. *An restitutio detur, si absens procuratorem reliquit?*

Laut. pag. 96. verb. *Si vero fuerit &c.*

Collidunt hic invicem leges, adeo ut conciliatæ solide nondum fuerint. Negatur enim restitutio relicto defensore in *l.* 1. §. 2. ibi: *cum absens non defenderetur. l.* 21. *l.* 22. *l.* 39. *h. t.* Asseritur e contrario expresse in *l.* 26. §. *fin.* ibi: *sive habuit procuratorem sive non. l.* 28. *princ.* ibi: *procuratore defuncto h. tit.* Missas facio varias Dd. responsiones. Verissima est, etsi restitutio ex clausula speciali cesset procuratore relicto; tamen ex clausula generali eam, si æquitas postulet, non denegari: de hac enim clausula loqui *d. l.* 26. §. *fin.* & *d. l.* 28. *pr.* constat ex *d.* §. *fin.* ubi clausula illa refertur, & in textibus subjectis explicatur. E contrario, textum in *d. l.* 39. agere de clausula speciali, itidem liquet, quia loquitur de absentia reip. causa, quæ ad specialem pertinet, *d. l.* 1. § 1. de qua eadem & reliquos textus omnes agere certum est, quippe cujus verbis explicandis subjiciuntur, ut ex inspectione patet.

Nihil his OBSTAT *l.* 8. *ff. de in int. rest.* ubi differentia refertur inter absentem reip. causa, & minorem a tutore defensum: *Hic* restituitur contra rem judicatam, *d. l.* 8. (ita enim legi debet pro *rem publicam*) ita ut tota instantia rescindatur & ex integro causa tractetur. *Ille* vero ita tantum restituitur, ut instantia salva maneat, & tantum facultas appellandi, quæ procuratoris negligentia amissa erat, restituatur *d. l.* 8. Hoc vero ideo fit, quia procurator appellationem prosequi sine novo mandato non tenetur; ut dictum ad tit. *de Procur.*

Qv. III. *An restitutio ex clausula generali propter ignorantiam detur contra præscriptionem?*

Inprimis admodum controversa est hæc quæstio & digna diligentiore discussione: verum duæ distinguendæ sunt quæstiones; I. An ignorantibus non currat præscriptio, adeo ut non opus sit restitutione? II. An, si currat, detur restitutio ob ignorantiam adversus lapsum temporis? De hac posteriore agetur ad quæst. seq. De priore hic agemus, etsi *Dn. Lauterbachius* inverso ordine eam tractet. Equidem præscriptiones currere statim, etiam ignoranti, regulariter statuendum est; sive sint annales, sive perpetuæ; *per l.* 19. §. *fin. ff. de Ædil. ed. junct. l.* 28. *l.* 38. *princ. ff. eod. tit.* ex ratione *princ. de Usucap.* quia spatium ipsis ad hoc ipsum datur, & sufficiens creditur, ut in res suas inquirant: Equidem de annalibus, iisque hodie substituto quadriennio continuo, simpliciter statuunt non currere ignoranti, apud *Berl. p.* 2. *concl.* 10. *n.* 8 *Odd. p.* 1. *de Restit. q.* 20. *art.* 4. *Fab. C. lib.* 2. *tit.* 32. *def.* 3. & *lib.* 5. *tit.* 39. *def.* 2. *n.* 3. *Gail.* 2. *obs.* 48. *n.* 5. *Carpz. Jpr. for. p.* 2. *const.* 9. *def.* 1. & *lib.* 2. *Resp.* 96. *n.* 11. *Et de Process. tit.* 19. *art.* 2. *n.* 22. *Martin. de Process. tit.* 38. *n.* 87. & *seq.*

& seq. Bluhm. de Proc. tit. 57. n. 6. Dn. Brunnem. ad l. fin. n. 7. C. de Tempor. in int. &c. Aliis e contrario statuentibus, semper eas currere ignoranti, sed restitutionem tantum ex justa causa dari contra lapsum temporis. *Bach. ad Treutl. Vol. I. Disp. 3. th. 3. lit. B. & D. & ad tit. de Restit. tit. 4. n. 4. Dn. Textor. de Proc. jud. p. 1. cap. 12. n. 115. & seqq.* Cæterum nec hæc posterior tolerari ulla ratione potest; de quo ad *quæst. seq.* nec prior ita promiscue admitti, sed justo modo, ut ex dicendis patebit.

Dicendum igitur est, tempus anni utilis statim currere etiam ignoranti, nedum quadriennii, ut dictum per *l. 19. §. fin. ff. de Ædil. ed. l. 2. C. de Ædil. act. junct. l. 28. l. 38. pr. ff. d. tit.* Idque evidens plane est ex *l. fin. C. de Temp. in int. rest.* ubi annus utilis dicitur cœpisse currere minoribus, ex quo anni 26. dies illuxerit, & huic tempori æquiparatur expresse tempus causæ majorum seu quadriennii continui *in d. l. fin.* Verum cum ille annus non continuus sed utilis esset, non numerantur dies, nisi quibus experiundi potestas est; atque ita leges loquuntur. *l. 1. ff. 3.* ibi: *intra annum, quo primum experiundi potestas est, h. t. l. 55. ff. de Ædil. ed. &c.* Hæc vero potestas & tum deficere intelligitur, cum per ignorantiam non supinam vel improbabilem impeditur; *per text. expr. in d. l. 55.* ibi: *non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium ignoravit &c.* ubi statim additur: *dissolutam ignorationem non excusare.* Hactenus igitur non opus est restitutione, nec præscriptio obstat, non quia contra lapsum temporis restitutio ex causa ignorantiæ datur, sed quia tempus ob talem ignorantiam non labitur; neque enim talis ignorantia causa est, ut præscriptio impleta rescindatur, sed ne impleri possit. Quid ergo jam de quadriennio continuo, quod anno utili surrogatum est? Constat illud ab eodem initio currere ut annus utilis *per d. l. fin. C. de Temp. in int. rest.* sed cum loco anni utilis substitutum sit quadriennium continuum, certissime sequitur, in hoc quadriennio non computari solos dies, quibus experiundi potestas est, id enim dies utiles sunt, *d. l. 55.* sed omnes continue, adeoque & illos, quibus propter ignorantiam expertus non est, alioquin enim non esset quadriennium continuum, per not. Ut adeo nihil jure verius videatur, quam eorum sententia, qui statuunt, quadriennium hoc etiam currere ignoranti. Quatenus autem restitutio adversus lapsum illius detur, *vid quæst. seq.* Et hactenus de præscriptione annali, surrogatoque ei quadriennio.

Hinc vero in proclivi est, quid de præscriptionibus perpetuis sentiendum. Indubitate enim illæ currunt ignorantibus: (1) Quia ut supra dictum, ideo tantum spatium datur, ut actor inquirat in res & jura sua, *pr. Inst. Usuc.* Non potest autem ignorantiam caussari, cui ad illam corrigendam sufficiens tempus concessum est. Sed & (2) expresse id ita statuitur in *l. f. in f. C. præscr. long. temp.* ib. *nulla scientia vel ignorantia, l. 3. in f. C. Præscr. 30.* ibi, *etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.*

Idque verum eſt non tantum in præſcriptione longi temporis. *Berl. p. 2. concl. 10. n. 2. & ſeq.* (ſecus ac J. Saxon. *Carpz. p. 2. Conſt. 9. def. 2. Berl. d. l. n. 12.*) ſed & in præſcriptione longiſſimi temporis, *Berl. d. l. n. 5. & 6.* ubi diſſentiunt Dd. *vid. quæſt. ſeq.*

OBJ. (1) Quod majores ex quavis cauſa, lege non prohibita, reſtitutionem petere poſſint. *l. 1 ſſ. f. h.* Nullibi autem reſtitutio ex capite ignorantiæ prohibetur. Quin e contrario expreſſe dicitur in *l. 29. Mand.* ignorantibus ſubveniendum eſſe.

RESP. Non agitur ibi de præſcriptione temporis, ſeu caſu, quo certum tempus inquirendi præfixum, adeoque ignoratio lapſo tempore improbata eſt. In aliis autem cauſis ignorantia facti alieni, ſi non ſit ſupina, excuſat.

OBJ. (2) Quod nec ignorantia juris in damnis rei ſuæ amittendæ obſit. *l. 8. Jur. ign.* Ergo nec ignorantia facti.

RESP. Hic ignorantia ſola non obeſt, ſed conjuncta ei negligentia, dum intra præſcriptum tempus non vigilavit.

OBJ. (3) Quod ignoranti nulla poſſit imputari negligentia, in qua tamen ſe fundare videtur præſcriptio. *l. 35. ſerv. ruſt.*

RESP. Imo, cum certum inquirendi tempus lege injunctum ſit, omnino, ſi quis id neglexerit, ei imputabitur.

OBJ. (4) *L. 86. pr. Acq. hær.* ubi ejus, qui ignoravit ſe hæredem inſtitutum, & ante deceſſit, hæres contra hanc ignorantiam reſtituitur.

RESP. Ex hoc ipſo contra diſſentientes ſequitur ipſo jure tempus currere ignoranti, quia reſtitutio datur, cujus juſta ſatis ibi cauſa eſt, quia inſtitutus procul ibi abſens fuit. Sive igitur procuratio illa in Cilicia recepta fuerit officii publici cauſa, ſive ex neceſſitate, ſive ultro, certe ignorantia erat invincibilis, abſens enim ſcire non potuit, ſe hæredem alibi inſtitutum eſſe: de quo *quæſt. ſeq.*

OBJ. (5) *L. 2. C. ſervit.* Ubi tunc demum ſervituti præſcriptum dicitur, quando quis a ſciente utitur, ergo, ſi ignorat, præſcriptio non currit.

RESP. Non ibi quæritur, an præſcriptio currat ſcienti aut ignoranti, ſed an quaſi poſſeſſio ſervitutis ſit vitioſa: qualis eſt, ſi quid vi, vel clam, id eſt, prohibente, vel ignorante ac celato poſſeſſore fiat. Scientia igitur ibi requiritur non ad curſum præſcriptionis, ſed ad qualitatem poſſeſſionis vel quaſi.

OBJ. (6) *L. 4. in f. C. præſcr. 30.* ubi ex quadragenaria præſcriptione acquiritur plenaria ſecuritas, quæ excludere videtur omnem reſtitutionem.

RESP.

RESP. Hujusmodi verba nunquam excludunt justas restitutionis causas, non magis quam regula exceptiones. Nam & res judicata pro veritate habetur, & tamen admittit legitimas restitutionis in integrum causas, quippe non aliter datur, quam contra negotia jure civili valida: Eademque responsio est ad *l. fin. C. de Fund. patrim.*

Atque hanc sententiam usui fori conformem esse, docebit *quæstio seq.* De præscriptione immemoriali inepte id quæri demonstrabitur *infr. tit Usucap.* ubi enim non exstat initium memoriæ, ibi frustra de justa ignorantia quæritur. *Dn. Stryk. U. M. h. §. f.* Equidem si immemorialis præscriptio secundum Dd. vulgus 100. annis definitur, initii tamen memoria exstet, idem obtinere quod in quadragenaria præscriptione, justamque ignorantiam legitimam restitutionis causam esse, puto: *Wesemb. vol. 1. Cons. 42. n. 83.* quicquid dissentiant Dd. apud *Berl. p. 2. Concl. 10. n. 7.*

QV. IV. *An contra præscriptiones ex causa ignorantiæ restitutio in integrum detur?*

Quod omnino AFFIRMANDUM, si justa sit & probabilis ignorantia: per *l. 2. ff. de in int. rest.* ubi inter causas restitutionis in integrum expresse refertur *justus error*, qui proinde exemplum est clausulæ generalis, ex qua quidem restitutio datur, uti contra omnia negotia jure Civili valida, ita & contra præscriptiones eo jure impletas. (2) Per text. expr. in *l. 15. §. 5. ff. Quod vi aut. &c.* ubi disertissime post annum utilem, adeoque præscriptione annali jam impleta, datur restitutio in integrum ex magna & justa ignorantiæ causa. (3) Per *l. 31. §. 22. in fin. & §. 23. ff. de ædil. ed.* ubi itidem lapso jam tempore 60 dierum utilium adhuc causa cognita judicium datur, quod nullum aliud esse potest, quam restitutionis in integrum, quia tempore finito exclusus jam Actor fuit: quin & additur in *d. §. 23. Si aliqua justa causa fuerit*, scil. restitutionis in integrum, qualis causa non minus est justus error, quam illæ, quæ in *d. §. 23.* recensentur. *d. l. 2.* (4) Idem dicitur de quinquennio querelæ inofficiosi, quod eo finito agi adhuc possit, sed ex magna & justa causa, *l. 8. §. f. ff. de Inoff. test.* quæ verba nihil aliud quam restitutionem indigitant, ea vero & ex justo errore datur *d. l. 2.* (5) Per *l. 86. pr. ff. de Adq. hær.* ubi per ignorantiam neglecta aditione, & inde per mortem amisso jure, hæredes instituti restituuntur in integrum.

Neque OBSTAT, quod *quæst. 3.* dictum est, ignorantiam id operari in anno utili, ne videatur experiundi potestas fuisse: *L. 55. ff. de Aedil. edict.* adeoque, cum tempus tum non currat, videtur restitutionem fieri non posse contra tempus, quod lapsum nondum est. Etenim

Resp. Ad id sufficere qualemqualem ignorantiam, modo non sit supina: *d. l. 55.* idque ex communi regula, ignorantiam in dubio intelligi non nimium securi hominis. *L. 3. §. 1. l. 6. ff. Jur. & fact. ign.* uti in dubio nomine culpæ levis accipi solet. *Dd. ad l. 23. ff. Reg. Jur.* Enim vero ad rescindendum negotium jure validum, justior & invincibilis quædam ignorantia requiritur, idque perspicue ita explicat textus in *d. l. 15. §. 5. ff. Quod vi aut &c.* in verb. *ex magna & justa ignorantiæ causa.* Igitur etsi annus utilis, computatis quoque diebus, quibus ignoravit, exierit, adhuc tamen ex magna ignorantiæ causa restitutio dabitur, quod ultimum remedium est in perpetuis præscriptionibus, quibus dies continui sunt.

Atque hæc sententia, *hodie*, ubi annus utilis vix superest, adversus omnem præscriptionem ex justa ignorantia restitutionem dari, usu fori receptam esse tradunt *Dn. Stryk. U. M. h. tit. §. fin. Gail. l. 2. O. 19. n. 18. Carpz. proc. tit. 19. art. 2. n. 22.* de Jure Saxonico vid. *Const. El 9. part. 2. & ibi Carpz. & Dd. Berl. p. 1. Concl. 10. per tot.* Conf. *Bachov. ad Treutl. vol. 1. D. 11. th. 17. lit. A. Hahn. ad Wes. h. t. in fin. Struv. h. th. 76. ibique Mull. & alleg.*

LIB. IV. TIT. VII.

DE ALIENAT. JUD. MUT.

Qv. I. *Cur Prætor hoc edictum proposuerit, cum jure Civili jam utilis rei vindicatio introducta ideo fuerit?*

Resp. Equidem communiter Dd. in ea sunt opinione, quod contra eum, qui judicii mutandi causa alienat, jure Civili utilis rei vindicatio constituta sit, quia dolo desiit possidere. *L. 27. §. 3. ff. R. V.* Indeque supervacue introductam a Prætore esse hanc restitutionem putant. Sed minus recte; non enim agebat dolo, qui ante hoc edictum propositum alienabat: quippe qui jure suo utebatur, & tanquam rei suæ dominus (cum alienare eam nondum prohibitus esset) de ea disponebat: *arg. l. 55. R. J.* Unde nec dolo possidere desiisse videri poterat. Verum Prætor constituit, ut, quemadmodum lite mota non licuit, *de quo tit. ff. de litig.* ita nec ante eam alienari res judicii mutandi causa posset, idque hoc edicto prohibuit. Hac ergo demum prohibitione secuta omnes ita alienantes dolo & contra legem agunt, atque ita desinunt dolo possidere.

Atque hinc verum non eſt, hodie ideo minus ex hoc titulo agi, quia plerumque ad ordinarium remedium utilis rei vindicationis provocatur. Nam hoc remedium ſæpe utilius & expeditius eſt: Vid. *Dn. Laut. h.* & *Dn. Stryk. U. M. h.* §. 3.

Qv. II. *An alienans rem ideo, quod metuat actionem in rem ſcriptam, ex hoc edicto teneatur?*

Ita quidem exiſtimat *Dn. Laut. h.* ſed rectius negatur: nam cum ſolum in realibus (quæ non niſi contra poſſeſſorem dantur) judicium per alienationem evitetur atque mutetur, ad ſolas quoque reales reſtringitur hoc edictum in *l. 1. ff. l. un. C. h. t.* Neque poteſt hæc conſtitutio extendi ad perſonales actiones, (quales quoque ſunt actiones in rem ſcriptæ) quippe in quibus non mutatur judicium alienatione rei. Etſi enim actiones in rem ſcriptæ quoque contra poſſeſſorem dentur, non tamen contra eum ſolum; quia, cum ſint perſonales, etiam contra eandem perſonam exerceri poſſunt, etſi res penes alium exiſtat. Quin actoris melior conditio redditur, ſi reus alienet rem metu hujusmodi actionis in rem ſcriptæ, quia eligere poteſt, utrum contra perſonam alienantem adhuc agere, an vero contra tertium poſſeſſorem actionem inſtituere velit. *L. 14. §. 5. Quod met. cauſ.*

Laut. pag. 87. verb. vel in rem ſcriptam &c.

Qv. III. *An hæc actio ſit prætoria?*

Affirm. *L. 3. h. t.* Nam omnes reſtitutiones in integrum ſunt Prætoriæ, vid. *tit. de in integr. reſt quæſt. 1.*

Laut. pag. 87. verb. prætoria.

Obj. Quod Proconſuli tribuatur *l. 1. pr. l. 3. §. 4. h.*

Resp. Hoc inde eſt, quia Proconſules in provinciis uti omnium Romæ Magiſtratuum, ita et vicem Prætorum gerunt: *l. 7. §. f. l. 8. l. 9. ff. Offic. proc.* Non vero, ideo quia Prætor in locum Conſulis olim creatus fuit, uti putat *Dn. Svendend. ad Eckolt. h. t.*

LIB. IV. TIT. VIII.

DE REC. QUI ARB. RECEP.

Qv. I. *Quotuplices ſint Arbitri ex voluntate partium electi?*

Resp. Duplex arbitrorum genus eſt, qui partium voluntate eliguntur (nam arbitri juris, vid. *Laut. pr. h.* & illi, qui ad tentandam amicabilem compoſi-

positionem eliguntur, vid. *l. 13. §. 2. h.* huc non pertinent, vid. *B. Par. disp. de reduct. ad arb. b. vir. S. 3. §. 6.)* *Alii* enim sunt, qui pacto vel stipulatione eliguntur, ad id ut causam controversam decidant & sententiam dicant. *L. 13. §. 2. l. 1. h. t. Rubr. ff. de receptis, qui arbitrium recepere ut sententiam dicant.* Vid. *l. 1.* ibi: *compromissum ad finiendas lites pertinet. L. 3. §. 1. & pass. h. Alii* sunt, qui ex lege contractui bonæ fidei adjecta eliguntur, & plerumque ideo, ut vel opus definiant, ut in locatione operis, *l. 77. pro Socio;* vel partes ut in Societate: *l. 76. pr. h.* vel pretium, ut in emtione: *l. f. C. Cont. Emt.* vel mercedem, ut in conductione: *l. 25. pr. loc.*

ILLI enim speciali pacto constituuntur, indeque partes præcise id, quod inter eos conventum est, adimplere, & arbitrio arbitri, sive æquum id sit sive iniquum, stare debent. *l. 27. §. 2. h. t. l. 76. pro Soc. arg. l. 99. pr. V. O.* Neque hic corrigi gravitas arbitrantis potest per arbitrium boni viri, *Vid. l. 79. pro Soc.* quia id verbis compromissi expressum non est: Judex autem in negotiis stricti juris ultra id, quod inter partes expresse conventum est, non judicat, *d. l. 99. arg. l. 43. & 44. V. O.* An autem, & quando restitutio locum habeat, deinceps videbimus. HORUM vero arbitrorum, qui ex lege negotio bonæ fidei adjecta arbitrantur, ea est conditio, ut si pravum reddunt judicium, partibus integrum sit agere actione ex ipso contractu ad corrigendam hanc pravitatem. *L. 76 77. 78. & 79. pro Soc.* Nam judicis officium in negotiis bonæ fidei non ad verba solum partium attendit, sed ad id, quod ex natura negotii æquum & bonum est. *L. 11. §. 1. act. E. §. f. Obl ex Cons. l. 6. §. 5. Emt. vend. l. 31. pr. dep. l. 2. §. f. Obl. §. 29. Inst. Act.* æquum autem est, ne pravum arbitrium partes obliget, cum partes eum elegerint; quod sperent eum recte arbitraturum. *L. 30. op. libert.* Hic ergo judicis officium est reducere illud arbitrium ad æquitatem: *L. 32. §. 1. Reg Jur* i. e. ad judicium boni viri, seu uti bonus vir judicare debuisset. *d. l. 76. l. 78. l. 79. pro Soc.* Conf. *Disp. B. Par. de Arbitrio b. viri.* & *d. disp. de reduct. ad arb. b. v. §. 1.*

Atque hinc jam cessabunt plurimæ difficultates, inprimis circa reductionem ad arbitrium boni viri, quæ ex confusione duplicum arbitrorum natæ sunt: Nam (1) de *Illis* verum est, eos esse instar judicum, qui litem decidunt & sententiam dicunt. *l. 1. l. 13 § 2. & rubr. ff. de recept. Hi* vero non sunt judices, sed partes saltem vel pretium &c definiunt. (2) *Illorum* arbitrio, etsi iniquo, standum *l. 76. pro Soc. l. 27. §. 2. h.* sibi enim imputet, qui compromisit *d. l. 27.* Indeque ille, qui recedit, vel ad pœnam, *l. 2. h.* vel ad id quod interest tenetur, *l. 27. §. f. h. Horum* vero arbitrium, si iniquum sit, corrigitur a judice, *l. 76. & seq. pro Soc.* nec pœna a non parentibus exigi potest. *l. 39. pr. h.*

(3) *Illi*

(3) *Illi* cogi possunt, si semel recepere: *L. 3. §. 1. & 3. h.* quia publice interest lites finiri, *ibid.* at *Hi* cogi non possunt, & in horum arbitrio est non arbitrari. §. *1. Inst. Emt. vend.*

(4) Ex *illorum* sententia datur exceptio, si nudo pacto compromissum sit, *l. 11. §. 3. ff. l. 5. l. 6. C. h.* hodie actio. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 2. Laut. de arb. compr. th. 41. n. 5.* Si stipulatione, actio ex stipulatu, *l. 1. l. 2. l. 3. C. h. l. 27. §. p. & ult. ff. h. t.* Si homologatum est laudum, actio in factum: *l. 4. l. 5. in f. pr. C. h. l. 4. §. 7. l. 5. C. h. Vid.* tamen *Auth. decernit C. h. t.* Ex *horum* sententia datur actio ex ipso contractu b. f. ut victus stet arbitrio juxta legem contractus. *l. 76. seq. pro Soc.*

(5) *Illorum* sententia post decendium fit quasi res judicata, *l. 5. C. h. l. 4. §. 7. eodem: Horum* definitio intra 30. annos corrigi adhuc potest, quia actio ex contractu bonæ fidei tamdiu durat.

(6) *Illorum* arbitrium nunquam redigitur ad arbitrium boni viri, etsi iniquum sit, quia non quod æquum est, sed quod verbis expressum, inspicitur *l. 27. §. 2. h. t. l 76. ff. pro Soc.* De remedio autem restitutionis vel deductionis ad arbitrium boni viri, ut dictum, inferius agemus. *Horum* arbitrium, si iniquum est, semper reducitur ad arbitrium b. viri, i. e. corrigitur inæqualitas, actione ex ipso contractu coram judice ordinario instituta. *l. 76. l. 78. l. 79. pro Soc. junct. l. 32. §. 14. h. t.*

Qv. II. *An pluribus arbitris electis omnes præsentes esse debeant?*

AFF. Jure Civili: *L. 17. §. 2. & f. l. 10. h.* quia aliter partes non consensere, *d. l. 17. §. f. l. 39. re jud.*

Laut. pag. 90. verb. *& præsentes &c.*

Sed Jure Can. si qui nolint adesse, aliud statuitur, modo rite vocati sint, nec legitimo impedimento detineantur, *c. f. h. t. in 6.* idque obtinere ait *Bus. ad l. 18. h. t.* Dissentire videtur *Carpz. p. 1. c. 1. def. 14. n. 4.* Verum non agit ille de speciali hoc casu, sed in genere, an valeat laudum, si omnes non adfuerint? Quod regulariter non valere, certum est. Sane in dubia praxi tutius hic insistimus juri Canonico, tum quia id præfertur juri Civili in materia processus, vid. A. sup. *p. 68. pr.* tum quia æquior est hæc sententia, quippe quæ tendit ad finiendas lites. *d. c. fin.*

Atque hoc indubium est, si addita fuerit clausula sammt und sonders; Conf. A. *sup. pag. 146.*

Qv. III. *An pari numero arbitri eligi possint?*

Laut. pag. 90. verb. si vota sint paria.

AFFIRM. Nec opus est in casum dissensus tertium adjicere, quia prætor ex officio partes compellit, ut tertium eligant, *l. 17. §. 6. h.* neutiquam autem arbitrum ipsi alium eligere possunt, *Zæs. h. t. n. 5.* etsi concordes sint in eligendo. *Zæs d. t. n. 6.* Si vero ipsæ partes legem hanc addiderunt, ut tertius in casum dissensus eligatur, id valet, modo certa persona designetur; si enim persona est incerta, non valet, ne in arbitrio alterutrius partium sit suo dissensu totum arbitrium ejusque pœnas eludere. *d. l. 17. §. 5.*

J. Canonico requiritur, ut arbitri numero impari eligantur, *cap. 1. cap. pen. h. t.* nisi additum, ut in casum dissensus certa persona eligatur. *c. 13. h.* Utroque ergo jure cautum est, ne valeat addita in eventum persona incerta, *d. §. 5. & d. c. 17.* a quo proinde recessurum non videtur.

OBJ. *c. 61. pr. & sqq.*

RESP. Loquitur de arbitris juris, in casu suspecti judicis vel tutoris dati, ubi verum est, quod duobus dissentientibus tertius a prætore dari debeat.

OBJ. *c. pen. h. t.*

RESP. Ibi potestas eligendi Judici data fuit, cui dari potest.

OBJ. Atqui & hoc casu posset Prætor cogere, ut in *d. §. 6.*

RESP. Adversatur hoc legi compromissi, quo sibi electionem reservarunt, id quod in *d. §. 6.* pactum non est.

Praxi obtinet jus civile, ita ut Duo fieri possint. Putant tamen, semper partes paribus suffragiis cogendos eligere tertium, quod in posteriore casu tutum non videtur, ut dictum, *Dn. Stryk. U. M. h. §. 9.* Conf. *Goth. ad d. l. 17. §. 6. Specul. tit. arbitr. §. sequitur. Struv. h. §. 9.* quanquam pacto plerumque adjici tertius soleat, uti exemplum refert *Stryk. U. M. h. t. §. 6.* & notum est illustre illud arbitrium, quod in causa Wildfangiatus Reges Galliæ & Sueciæ, & in causa Aurelianensi Rex Galliæ, cum Imperatore, &, in casum dissensus Papa suscepit, *Pac. Riswic. art. speciali.* Prius inter duos laudo Hailbrunnensi, alterum a Papa Romæ decisum est.

Qv. IV. *Quomodo vota judicum inter se diversa computentur?*

Laut. pag. 90. verb. nisi in quantitate.

Egregie hanc quæstionem ex principiis juris Gentium explicavit *B. Par. in Coll. Grot. l. 2. c. 5. §. 19.* & ejus principiis defendit *Doctiss. Juvenis Franc. Mejer in disp. de eo quod justum est circa num. suffr. Sect. 3.* Fundamentum hoc est, quod primo & ante omnia sententiæ damnantes jungi debeant contra absolventes;

ventes; & tum condemnantes (& in gradu pœnæ diſſentientes) ponderantur, & iterum ea ſententia præfertur, in quam major pars conſentire videtur.

Exemplum hoc eſto: Quinque ſunt judices, quorum duo abſolvunt, tres condemnant, unus in 15, alter in 10, tertius in 5. Hic (1) Qu. an abſolvendus ſit reus an condemnandus? quod poſterius affirmatur, quia tres aſſerunt contra duos, reum puniendum eſſe. Non poteſt is ergo abſolutus videri, quem pars major condemnavit. (2) Qu. quanam pœna afficiendus ſit? Et dicimus rationis eſſe, reum in 10. teneri; Non enim poteſt teneri in 15. quia plures, ſcil. duo ſunt, qui minori pœna reum dignum ſtatuunt: Ergo media retinenda eſt, quia ille, qui condemnavit in 15. conſentit quoque in 10. qui enim in majorem conſentit, multo magis conſentire videtur in minorem; unde omnes tres quidem conſentiunt in 5. ſed horum plures, duo ſcil. in majorem, perinde eſt ac ſi uterque ſtatuiſſet 10. De quo caſu cum idem quoque ſentiat, in priore vero diſſentias Jus Canonicum in *c. 1. de Arb. in 6.* id ſibi non convenit. At Jus Civile, etſi utroque caſu diſſentiat, ſibi tamen conſtat, quia ſemper minimam ſummam præfert, *l. 27. §. 3. h. t. arg. l. 47. de O. & A.*

Hæc ratio noſtra facilius a ſummis ad alias pœnas transferetur, in omnibus illis caſibus, de quibus adeo diſceptatum inter Dd. eſt: uti

(1) Si duo condemnant in 10. unus in 5. præferuntur illi, quia duo contra unum id aſſerunt.

DISSENTIT J. Can. in *c. 1. de Arb. in 6.* vid. *dict. diſp. §. 4.*

(2) Si tres judices reum morte multandum cenſent, duo exilio, duo pecunia, Gellius putat, morte puniendum reum: *Noct. Att. L. 9. c. 15.* Nos exilio. Non enim morte puniri poteſt, quia quatuor minori pœna eum afficiendum dicunt: nec pecunia, quia 5. graviorem dictarunt. Ergo exilio; quia indubie in hanc quoque conſentiunt morte damnantes.

(3) Si tres mortem, duo infamiam & duo exilium irrogant, (vid. *Quintil. declam. 365.* eadem eſt ratio decidendi, ita ut media præferatur pœna.

(4) Si quidam abſolvunt, quidam relegationem, quidam mortem decernunt, uti apud *Plin. L. 8. ep. 14.* tum duæ ſunt quæſtiones: (1) An abſolvendus ſit reus? Et negatur; quia ex ibi propoſitis apparet, unam ſaltem partem abſolviſſe, duas vero condemnaſſe, niſi abſolventium major aut par numerus fuerit. *Plin. d. l.* (2) Quomodo puniendus ſit? Reſp. Ex verbis apud *Plin. d. l. duæ ſententiæ vitam reliquerant, una ademerat*, apparet, vitam adimi non potuiſſe, quia duo vitam reliquerunt; ſed relegantium ſententiam, quippe in quam etiam reliqui conſenſiſſe videntur, præferri debuiſſe: niſi una pars numero quoque reliquos ſuperaverit.

(5) Si quidam omnes captivos, quidam nullos, alii quosdam dimittendos censent, recte *Polybius in Excerpt. leg.* 129. censet, quosdam dimittendos esse. Nam omnes dimitti non poterant, quia duæ partes id negabant. Nec eorum sententia, qui nullos dimittendos censebant, obtinere potuit, quia ei itidem duæ partes contradicebant, ergo dimittendi sunt quidam: nam cum hac sententia conjunguntur illi, qui omnes dimittendos censuerunt: in utroque tamen posteriore exemplo supponitur, ne pars partem numero vicerit. Conf. *Grot. J. B. & Pac. L. 2. c. 5. §. 19. Pufend. L. 7. C. C. §. 18.*

Qv. V. *An ex laudo seu arbitrii sententia actio detur?*

NEG. Adeo ut ne exceptio quidem inde nasci queat; *l. 2 ff. h. t.* Certe enim alterius de rebus aut juribus alienis sententia nihil quicquam juris facere potest. *l. 1. C. eod. tit. arg. l. 20. §. 1. ff. de Pact. dot.* Neque ex eo, quod alius de alterius jure sentit aut statuit, ulla unquam obligatio oriri potest, cum alter neque ex contractu suo, neque quasi ex contractu, neque ex delicto vel quasi, obligaretur. *§. fin. Inst. de obligat.* Unde neque ex Judicis sententia ullum jus esset, nisi ob publicam utilitatem legis autoritate vim accepisset, & pro veritate haberetur. *tot. tit. de Re jud. arg. l. 3. C. de Jurisd.* Nec quicquam proficiet, si quis dixerit, jus inde oriri, quod partes ipsæ quarum jus est, & quæ de eo statuere possunt, promiserint, se staturos arbitrio. Etenim tunc ex hoc suo pacto obligantur, non laudo; non magis quam cum Titius vendidit prædium eo pretio, quod Pamphilus servus statuerit, non enim obligatur Titius ex sententia servi, sed actione venditi ex suo contractu venditionis. Certa igitur regula est, partes compromittentes non teneri vel conveniri ex laudo arbitri, sed ex sua conventione, & compromisso. *Ant. Fab. C. h. tit. n. 7. Carpz. part. 1. const. 1. def. 13.* Unde porro sequitur, non agi ex laudo ad id, quod eo comprehensum est, sed ex pacto ad id quod interest actoris non fuisse recessum a laudo. *l. 27. §. fin. ff. h. t.* uti in pactis & obligationibus faciendi solenne est, *l. 13. §. fin. ff. de Re jud.* Eo autem præstito nondum liberatus est reus a causa ipsa; quæ proinde, cum nondum decisa, nec satisfactum sit, adhuc peragi coram Judice ordinario perinde potest, ac si compromissum non fuisset. *l. 5. pr. & §§. seqq. C. h. t.*

Si jurejurando id firmatum fuerit, itidem agitur ex compromisso, non ex laudo: sed ad implendum id quod laudo expressum est. *l. 4. pr. & §§. seqq. l. 5. in fin. princ. C. h. tit.* Quod jusjurandum licet deinde vetitum sit, *per Auth. Decernit. C. eod. tit.* si tamen fiat, omnino præstandum est, Jure saltem Canon. nec sufficit præstatio ejus quod interest. *c. 6. x. de Vot. Brunn. ad d. l.*

Atque hactenus tantum ex pacto compromissi agitur. Sunt tamen & casus,

ſus, quibus ex ipſo laudo conveniri reus poteſt actione in factum; ſcil. ſi partes vel ſubſcripſerint ſententiæ ab arbitro latæ, *d. l. 4. §. fin. C. h. tit.* vel eam 10. dierum ſilentio corroboraverint, *l. 5. C. eod. tit.* quod laudum *homologatum* vulgo dicunt, & ex eo ad exemplum judicati agitur ad ſtandum laudo; *dd. ll. arg l. 8. C. de Jurejur.* Verum hæc actio non coram arbitro inſtituitur, quippe qui privatus eſt, *l. 3. C. de Jurisd.* ſed perinde uti ex alio pacto vel negotio partium, coram Judice ordinario primæ inſtantiæ. *l. 5. pr. C. h. t.*

Exc. Si compromiſſo tali pœna vel ſtipulatio adjectæ ſint, non agitur ex laudo, licet homologato, ad illud implendum, ſed ex ſtipulatu ad id quod intereſt, vel ad pœnam. *l. 27. ſ. fin. ff. h. t. auth. decernit. C. eod.* Vid. *Dn. Laut. h.* Etenim hac adjectione partes ipſæ aliter ſibi proſpexere pœnalibus ſtipulationibus, quibus commiſſis agitur, ad pœnam adjectam vel id quod intereſt; quo præſtito irritum fit laudum. *l. 34. §. 1. h. t.* quia partes aliter in hunc eventum ſibi cautum voluere, tum enim integrum iis hic quoque eſt cauſam ipſam, quippe quæ deciſa nondum eſt, coram Judice ordinario peragere. *d. auth. decernit. & ibi Dn. Brunnem. n. 1. & ſeqq. C. h. t.* Quodſi vero clauſula addita ſit, *ſalvo laudo*, vel *rato manente compromiſſo*, & ad pœnam & ad implementum laudi agi poteſt. *arg. l. pen. ff. de Transact.* Vid. *Dn. Laut. p. 91. in fin.* Quibus ita explanatis, dubia ceſſare plane videntur.

Qv. VI. *An & hodie ſoluta pœna, vel eo quod intereſt, pars recedere a compromiſſo, & Judicem adire poſſit?*

Id jure civili fieri poſſe, conſtat ex *l. 30. ff. h. t.* & conſequens id eſt iis, quæ *ſup. quæſt.* tractata ſunt: cum enim laudi nulla vis ſit, ex compromiſſo autem actio tantum competat ad id quod intereſt, eo præſtito integrum eſt, cauſam coram Judice agere ac ſi compromiſſum factum non eſſet. Vid. *quæſt. 5.*

Obj. (1) Quod, quæ mutuo conſenſu contracta ſunt, unius pœnitentia diſſolvi nequeant. *Carpz. part. 1. conſt. 1. def. 16.*

Resp. Nihil diſſolvitur diſſenſu, ſed contra lex compromiſſi committitur, & ex eo agitur ad ſatisfaciendum. Non igitur illud tollitur unius diſſenſu, ſed ſolutione ejus quod intereſt, quippe quod ſolum in obligatione eſt. *d. quæſt. 5.*

Obj. (2) Agenti objici ſaltem poterit pacti exceptio ſeu compromiſſi.

Resp. Non poteſt: quia ſolutione ejus quod in obligatione fuerat, extinctum id eſt.

Obj. (3) Poſt transactionem ſi pars agere velit, repellitur exceptione pacti vel doli.

Resp.

RESP. Per illam lis plane finita & extincta est, & ea propter resuscitari nequit; at per compromissum non est, sed ex eo saltem ad id, quod interest, agitur: quo soluto lis salva est, *d. quæst.*

OBJ. (4) Usu id mutatum videtur apud *Mod. Pist. lib. 2. qu. 72. & ibi Schultes. in add. Carpz. d. def. 16.*

RESP. Alia ibi quæstio & species est, scil. an pars facto compromisso deinde adhuc caput aliquod ei addere vel eximere queat. Et certum est, non posse. Alia vero quæstio est, si propterea stare compromisso nolit, sed judicem adeat, ad quid ex compromisso teneatur?

Equidem *Grœnw. ad d. l. 30.* more suo abrogatum id jactat; sed cum id non probet, nihil eum moror.

QV. VII. *An a sententia arbitri appellari, aut reductio ad arbitrium boni viri fieri, aut contra eam aliud remedium opponi possit?*

Laut. pag. 91. verb. Neque illa subjecta est appellationi &c.

RESP. Certum est ab ea *appellari* non posse. *l. 1. C. h. t. l. 32. §. 14. ff. eod. tit. Carpz. part. 1. const. 1. def. 13 n. 7.* cum enim judicium non sit, sed negotium privatum, neque sententia, neque judicatum, neque appellatio, quia nec litis pendentia erit neque attentatorum effectus obtinebunt, appellatio enim tantum locum habet a sententia judiciali. *l. 23 §. 1. ff. de Appell. l. 2 C. Ut lit pend. arg. d. l. 3 C de Jurisd.* Sed nec opus est appellatione, quia laudum non facit præjudicium causæ, sed præstita pœna vel soluto eo, quod interest, solvitur compromissum, *l. 34. §. 1. h.* & causa coram judice ordinario ex integro agi potest. *Nov. 82. c. 11.* Et nimium fallitur *Berl. p. 1. concl. 50. n. 16.* ubi tradit, jure Can. appellari posse, contra *text expr. in c. 33. caus. 2. q. 6.* falsumque est, glossam id de his arbitris statuere. Licet vero *Goth. in l 1. C. h. t.* de Gallia, & *Ant. Fab. in C. h tit. def. 6.* de Sabaudia referant, admitti provocationem; moribus tamen nostris id secus est, *Gail. 1 obs. 1. n. 49. & obs. 149. n. 1 & seq. Mynf. Cent. 4. obs. 68. n. 2 Carpz. d. def. 13.* &c. Neque recte excipitur casus, si partes talia sibi remedia reservaverint: cum illa jure publico, non pactis privatorum obtineant. Vid. *Gail. d. obs. 50. n. 9. Brunnem. ad l. 27. n. 13. & 15. ff. h. t. & ad Wes. h. q. 15. Laut. p. 92. pr.*

OBJ. Arbitria ad formam judiciorum esse redacta, *l. 1. l. 32. ff. l. 5. C. h.* ideoque appellationi quoque locum esse videri.

RESP. Verum id est, quoad modum procedendi, non quoad effectum, atque hinc species appellationis saltem locum habet, de qua mox.

EXCEPTIO est in arbitris juris, qui a judice constituuntur, adeoque veri judices sunt, ut in *l. 9. ff. qui satisd. cog. l. f. ff. jud. l. 14. in f. ff. h. l. 11.*

off.

off. deleg. ab his enim appellare licet. *dd. ll. Carpz. p. 1. c. 1. def. 13. Berl. p. 1. c. 50. n. 16.* Conf. *Wurms. 1. 24. O. 16.*

Sed nec *reductio ad arbitrium boni viri* remedium ordinarium aut jure cognitum est; quin e contrario statur arbitri sententiæ, etsi iniqua sit. *l. 27. §. 2. ff. h. t.*

Verum uti adversus omnia negotia jure valida datur ex justis & jure definitis causis restitutio in integrum, etiam contra sententiam judicis, ita & contra compromissum & arbitri sententiam dabitur: veluti ex dolo, metu, ætate, læsione enormi ultra duplum, aliisque causis majorum aut ex clausula generali &c. de quibus hactenus satis dictum est. Si proinde victus hoc ipso læsus sit, quod victor actione ex stipulatu pœnam vel id quod interest petat, dabitur ipsi exceptio doli. *l. 32. §. 14. ff. l. 3. C. h.*

Hæc itaque restitutio in integrum, cum adversus sententiam arbitri datur, speciem quandam appellationis habet; quia, uti hæc contra sententiam judicis fit; ita illa contra sententiam arbitri. Verum tamen non est illa vera appellatio, sed nuda actio, quæ coram judice ordinario in prima instantia peragitur, vel per modum exceptionis opponitur, ex iis causis, quibus Prætor in integrum restituit. *d. l. 32. §. 14.*

Adeoque hoc demum remedium restitutionis in integrum ex legalibus demum restitutionum causis proponi potest, quæ si desint, stabitur sententiæ, etsi iniqua sit. *d. l. 27. §. 2. R. I. 1594. §. 64.* Hæc eadem est restitutio, quæ in constitutionibus Imperii *Revisionis* nomine appellatur: vid. *R. I. 1594. §. 64. & seq.* etsi fatendum sit, Ibi tantum agi de arbitrio a Camera Imperii inter ejus Status recepto; quod quasi in locum Austregarum substituitur, & hinc revisionis in Camera usitatæ nomine vocatur. Reapse autem esse restitutionem in integrum, inde patet, quod non nisi ex causis restitutionis, v. g. ex enormissima læsione, aliisque admittitur: nam nec reliquas excludi, conficitur ex verbis, *si tam pravum sit arbitrium, ut manifesta ejus iniquitas appareat:* Talis enim iniquitatis causæ sunt, ex quibus Prætor negotia jure valida rescindit.

Atque hæc ita vera sunt de sententia arbitri. Idem obtinet in definitione iniqua sive partium in societate, sive mercedis in locatione, sive pretii in emtione &c. Nam nec ibi appellatio locum habet, sed reducitur res ad arbitrium boni viri per actionem ordinariam ex contractu. *vid. q. 9.*

Qv. VIII. *Quid sit reductio ad arbitrium boni viri?*

Laut. p. 91. verb. aut reductionis ad arbitrium boni viri.

RESP. Est actio ex ipso contractu bonæ fidei, qua arbitri qui non ad decidendas lites, sed v. g. ad definiendas partes vel pretium datus est, iniqua æstima-

æstimatio corrigi coram ordinario judice petitur. *l. 78. l. 79. ff. pro soc. vide supra q.* 1.

Nam hujusmodi arbitratores ex pacto societati adjecto definiunt partes, *L. 76. pr. junct. l. 79. ff. pro soc.* ex pacto emtioni adjecto pretium *Laut. p.* 305. *in f.* ex pacto locationi adjecto, mercedem, *l. 25. pr. locat.* vel opus *l. 77. pro soc.* Atque hinc partes agunt actione ex ipso contractu vel ad servandas v. g. partes vi pacti adjecti definitas, vel si arbiter contra arbitrium boni viri definiverit, ad corrigendam iniquitatem ab arbitrio commissam. *l. 78. l. 79. ff. pro soc.*

Apparet ergo (1) reductionem ad arbitrium boni viri non esse proprium remedium, sed esse ipsam actionem ex contractu bonæ fidei. Nam ea est natura actionum bonæ fidei, ut iis agatur ad omne id, quod æquum & bonum est, adeoque aliquando ad rescissionem ipsius contractus. Vid. *sup. tit. de Pact. q.* 19. *Obj.* aliquando ad corrigendam iniquitatem, uti hic. Conf. *d. l. 79.*

Apparet (2) reductionem hanc tantum obtinere in ea specie, ubi arbiter ex pacto negotio bonæ fidei adjecto constituitur, ad æstimandum vel quantitatem pretii vel mercedis vel partes societatis &c. Non vero in arbitrio compromissario, cui proprio pacto & stipulatione causæ controversæ decisio committitur. *Vid. q. seq. & supr. q.* 1.

Qv. IX. *An in omnibus arbitriis reductio ad arbitrium boni viri locum habet?*

Laut. p. 92. verb. *Non etiam stare laudo &c.*

NEG. Nam distinguendum omnino est inter arbitros qui causam controversam decidunt, qui arbitri compromissarii dicuntur & instar judicum sunt; *l. 1. ff. h. vide supra q.* 1. & inter arbitros, qui non sententiam dicunt nec liti finem imponunt, sed qui ex pacto inter socios, vel in emtione, aut locatione adjecto, partes societatis, pretium aut mercedem definiunt. Qui arbitratores vocantur. *d. quæst.* 1.

Illorum sententia nunquam reducitur ad arbitrium boni viri, *l. 76. pro soc.* sed eorum sententiæ, sive æquæ sive iniquæ, stari debet *l. 76. pro soc. L. 27. §. 2. h.* Quia læsus sibi imputet quod compromiserit. *d. l.* 27. §. 2.

Non tamen præcise sententiæ fit executio, uti demonstratum est *d. quæst.* 1. sed si victus parere sententiæ nolit, victor contra eum agit, ex stipulatu, vel ad pœnam promissam, *l. 2. ff. l. 3. C. h.* vel ad id quod interest. *l. 27. §. f. h.* Nisi laudum juratum vel homologatum sit. *l. 4. l. 5. C. h. t.*

At, si victus contendat dolo judicis vel adversarii se læsum esse, licet ei retractare de sententia judicis; *l. 31. l. 32. §. 14. ff. h.* adeo ut, si victor ad pœnam

pœnam agat, victus eum repellere exceptione doli possit. *l.* 31. *l.* 32. §. 14. *ff.* *l.* 3. *C. h.* Quin & ipse actione doli, vel si de dolo cautum sit ex stipulatu, dolum vindicare, adeoque pœnam in compromisso stipulatam evitare potest. *d. l.* 31. *d. l.* 3. Conf. *supra q.* 1.

Horum, scilicet arbitratorum, sententia, si non, uti bonum virum oportet, judicarunt, reducitur ad arbitrium boni viri. *l.* 76. *pro soc.* id est judicio bonæ fidei, sive actione ex ipso contractu, corrigitur iniquitas & inæqualitas v. g. partium, mercedis, &c. *d. l.* 76. junct. *l.* 79. *Eod.*

In his ergo solis potest dici, quod arbitrium redigi debeat ad arbitrium boni viri, utpote cum (1) arbitrium hoc ex pacto negotio bonæ fidei adjecto prolatum ipsam rem afficiat, ita ut victori inde detur actio ex contractu ad executionem arbitrii impetrandam, summa igitur æquitas est, ut, si nimium iniqua sit æstimatio arbitri, ea corrigatur per actionem ex ipso contractu: Quæ ratio (2) cessat in priori genere arbitrorum, utpote quorum sententia non afficit rem ipsam, sed pœna præstita compromissum solvitur, & sic non opus est reductione ad arbitrium boni viri, quia præjudicium causæ non fit: Accedit (3) quod ex natura bonæ fidei negotiorum id sequatur, boni viri arbitrium sequendum esse, *l.* 78. *pro soc.* adeoque tantum in negotiis bonæ fidei obtinere illa reductio potest. Non ergo in pacto compromissario, quod semper est stricti juris: Et cum (4) ex omni pacto in continenti adjecto negotio bonæ fidei detur actio ex ipso contractu, *tit. de pact. q.* 19. necessario quoque ex pacto, quo promiserunt se staturos definitioni arbitri, dabitur actio ex ipso contractu, *victori* ad id ut arbitrio stetur, *læso* vero ad id ut corrigatur iniquitas. *L.* 79. *h.*

NOT. Ex arbitratorum æstimatione agitur actione ex ipso contractu, non ad id quod interest, sed ut alter præcise stet æstimationi.

Qv. X. *Quo tempore finiantur remedia ex arbitriis competentia?*

Male vulgo quæritur: *Quo tempore finiatur reductio ad arbitrium boni viri?* quia jam dictum est *q.* 7. 8. eam non esse proprium remedium, sed ipsam actionem ex contractu: At in ipsa decisione quæstionis mirum quam Doctores varient. *Alii* post decendium reductionem ad arbitrium boni viri finiri ajunt, tum quia est species appellationis; *l.* 32. *§.* 14. *ff. h.* tum quia post decem dies fieri laudum homologatum traditur in *l.* 5. *C. h. Molin. de J. & J. l.* 5. *Disp.* 38. *n.* 4. *Thesaur. l.* 1. *q.* 82. *n.* 7. *Sand. l.* 1. *t.* 14. *def.* 3. *Heig. l.* 2. *q.* 9. *n.* 19. & *Dd. apud Gail.* 1. *O.* 150. *n.* 1. *Alii* 30. annis, quia jus petendi reductionem est personale, & consequenter non præscribitur, nisi spatio 30. annorum, *l.* 3. *C. Præscr.* 30. *an. Gail. L.* 1. *O.* 150. *n* 2. *ibique late Dd.* Ubi hanc communem & in Camera receptam ait. Add. *Costal. ad l.* 76. *ff. pro*

 soc.

soc. *Alii* distinguunt inter arbitrum compromissarium, & arbitratorem, ut & arbitrum conventionalem: A priorum sententia reductionem inter decendium petendam esse contendunt per *l. p. pr. C. h.* quia servato juris ordine ibi proceditur, ordo autem juris est, ut intra decendium sententiæ contradicatur; Posteriori casu intra 30. annorum spatium peti posse *Linck. in disp. de reduct. ad arb. bon. vir. §. 10.* *Alii* aliter, vide *Ferrariens. in form. lib.* *Quo agitur ad pœnam compromissi.* *In verb. nec reductio n. 3.*

At tota hæc quæstio ex positis principiis clara est: Nam si arbiter compromissarius sententiam dixit, & VICTOR agit *vel* ex laudo non homologato, id est cui victus intra decendium contradixit, tum actio ad pœnam vel interesse durat 30. annis *arg. L. 3. C. Præscr. 30 ann.* *Vel* agit ex laudo homologato, id est cui consensit, saltem tacite decendii nimirum silentio, tunc actio in factum, utpote civilis, *arg. l. 5. C. h.* durat etiam 30. annis.

VICTUS vero, qui per arbitrum dolose se læsum ait, *vel* actione doli agit, quæ biennio finitur, *vel* exceptione doli actionem ex stipulatu a victore intentatam elidit, & hæc est perpetua. *Vide tit. de dol. mal. q. ult.*

Atque hæc de arbitris compromissariis ita vera sunt; at alia quæstio est de arbitratoribus, sive illis, qui saltem æstimant, & ex pacto negotio bonæ fidei adjecto quantitatem, mercedem, &c. definiunt. Nam ex horum arbitratorum definitione *læsus* agit actione ex contractu, quæ durat 30. annos, & hæc est ipsa reductio ad arbitrium boni viri, quæ proinde perpetua est, uti quælibet actio ex contractu. *Alter* in cujus favorem æstimatio facta, itidem actione ex contractu ad executionem laudi agit, quæ simili ratione 30. annis durat.

LIB. IV. TIT. IX.

DE NAUT. CAUP. STAB. UT ACCEPTUM RESTITUANT.

Laut. pag. 92. verb. non ex vero.

QV. I. *An actio de receptis oriatur ex vero, an ex quasi contractu?*

RESP. Ex quasi contractu, scilicet ex facto licito receptionis; dum enim caupo solitus est recipere, hoc ipso profitetur publice custodiam & securitatem, adeoque eam præstare personis & rebus debet. *L. 1. §. 2. 3. 6. & LL. seq. h. t.* Idque verum est, etsi de eo expresse nihil actum sit, *l. 5. h.* vid. *l. un. §. f. Furt. adv. naut.* Atque hæc est communis Dd. sententia. *Struv. h. §. 109.*

§. *109. Harpr. ad §. 3. obl. quæ quaſ. ex contr. Mull. ad Struv. d. lit. a. ibique Dd. Carpz. p. 2. c. 26. def. 10. n. 6. & ſeq.*

DISSENT. *Bach. in Comment. ad l. 1. §. 1. h. & Stygm. de Jur. Mar. p. 4. c. 15. n. 266. & 352.* Qui putant negotium hoc eſſe verum contractum, & vel *locationem*, ſi merces interveniat; vel *depoſitum*, ſi gratis recipiatur.

RESP. Non eſt *locatio*, tum quia non oritur ex conſenſu, ſed facto licito receptionis, etſi caupo neſciat quænam res illatæ ſint, quin etſi invitus receperit; tum quia merces non datur pro receptione, ſed pro cibis & uſu hoſpitii &c. Neque *depoſitum*, quia cuſtodia non pacto, ſed ex ſolita receptione ſequitur, ſed & non ſemper res conſenſu recipitur, ſed aliquando ab invito; Neque regulariter gratis, ſed pro mercede fit, licet vero conſenſus quoque interveniat inter exercitorem & hoſpitem, hæc tamen actio ex eo non datur, ſed ex ſolo facto receptionis. Atque hinc *Ulpianus in l. 3. §. 1. h.* actionem Prætoriam de recepto diſtinguit ab actione civili ex depoſito & locato veniente, & licet aliquando concurrant, tamen diverſam utriusque eſſe naturam JCtus oſtendit.

OBJ. Quod in *tit. de Oblig. quæ quaſ. ex contr.* nulla ejus fiat mentio.

RESP. Non omnes actiones ex quaſi contractu ibi recenſentur, ſed præterea multi alii in jure ſunt quaſi contractus.

Quid vero intereſt?

RESP. Si eſſet locatio, caupo præſtaret culpam levem, cum ex hoc titulo præſtet leviſſimam, ſed &, cum ſit actio prætoria, finitur anno. Indeque hodie quoque utiliſſimum eſſe hoc edictum ait *D. Stryk. U. M. h. §. 1. Carpz. p. 2. C. 26. def. 10.*

QV. II. *An nauta &c. probet caſum fortuitum?*

RESP. Nauta, qui ait naufragium ſe paſſum eſſe, contradicente domino mercium, id probare debet; nam, quia naufragium, & interitus rei facti eſt, ab allegante probari debet; inprimis cum hoc ſit fundamentum intentionis, quod nauta &c. probare tenetur: Conf. *l. 16. ff. de probat. arg. l. 5. ff. pignor. act. ibique Brunnem. Trentac. l. 3. tit. de pign. reſ. 3. n. 2. Carpz. p. 2. conſt. 26. def. 17. Struv. h. §. 111.* Hoc jam vel juſtis indiciis ſaltem (juramentum enim non ſufficit, *Carpz. p. 2. c. 26. def. 17.*) probato, præſumitur rem ſine ejus culpa periiſſe, & ſi læſus culpa nautæ naufragium contigiſſe affirmet, probare id debebit: (1) Quia hoc eſt fundamentum ejus intentionis, cujus probatio ei incumbit. *d. l. 16.* Inprimis cum (2) quilibet homo præſumatur bonus & diligens, donec contrarium probetur. *cap. 16. de præſumt.* & late *Barboſ. c. 30. Ax. 9.* Atque ita (3) culpam ſeu negligentiam ab

Laut. pag. 93. verb. Quem probare debet.

allegante probandam esse aliquot præjudiciis testatur *Carpz. p. 2. c. 26. def. 17. 18. 19. & Const. 11. def. 120. n. 5. 7. Hartm. Pist. p. 1. q. 49. n. 3.* Idque ita probat *Struv. h. §. 111. Christ. Vol. 5. dec. 65. n. 19.*

Qv. III. *An hoc edictum quoque ad postas & aurigas pertineat?*

AFF. De Postis id indubium est, (1) quia illæ quoque recipiunt personas & merces, ac publice profitentur securitatem, unde actio de receptis merito datur; sed & præterea, si magistri postarum opera malorum hominum utuntur, non video, cur non propter malam electionem actione in factum conveniri possint; Conf. *Dips. nostr. de Regal. Post. Jur. c. 1. §. 9.* Idque (2) vel exinde probatur, quod in edicto fiat stabulariorum mentio. Stabula vero erant in cursibus publicis receptacula animalium publicorum: Atque hinc (3) ad Postas hoc edictum extendunt *Schilt. Ex. ad ff. 12. §. fin. Mull. ad Struv. h. l. §. 106. lit. δ.*

OBJ. Quod ratio hujus actionis cesset in postis, scil. malitia nautarum cauponum &c. vid. *Mull. ad Struv. §. 106. lit. ζ. de Naut. Caup. & Stab.*

RESP. Hæc non est ratio adæquata sed movens; *illa* enim est *factum* receptionis, & professio publica custodiæ ac securitatis, quæ ratio manet, licet causa movens cesset: Ita fœminæ postulare prohibentur, quia virile officium est, licet Carfania fœmina improbissima edicto causam dederit: *arg. l. 1. §. 5. de Postul.*

De aurigis magis dubitant Dd. Neque hoc edictum ad eos pertinere sentiunt. (1) Quia edictum de iis non loquitur, & cum (2) actio ex hoc edicto singulari jure in odium nautarum &c. introducta sit, ad alios qui sub his nominibus non comprehenduntur, extendi nequit: Neque (3) ullus veterum interpretum hujus edicti eo id extendit, sed potius (4) plerique Dd. id rejicere videntur: Nam ita Tubingenses respondisse refert *Lauterbach. Colleg. h. th. 34.* Conf. *Mull. ad Struv. h. th. 110. lit. δ.* At his non obstantibus contrarium defendimus: (1) Quia eadem est ratio: nam & aurigæ recipiunt res & personas, & publice profitentur custodiam, indeque merito sub hoc edicto comprehenduntur; adeoque cessat ratio dissentientium prima: Sed & (2) cum ad postas Dd. hoc extendant, multo magis ad aurigas pertinebit. Accedit (3) quod aurigæ omnino comparandi sint nautis, quid enim interest mari an terra res & personas deferendas recipiant. Sed & (4) nec a stabulariorum censu & appellatione alieni videntur. Licet vero nullus veterum interpretum ad eos edictum extenderit, nullus quoque eos exclusit. Neque hic autoritatibus, sed rationibus certamus. Neque de usu fori dubitandum est.

Unde non possum adstipulari sententiæ *Hartm. Pist. l. 1. qu. 18. n. 11. Carpz. p. 2. c. 26. def. 19. &c.* Qui aurigam levem saltem culpam ex natura contractus locati præstare putant; cum potius vi hujus edicti levissimam præstare debeat.

Qv. IV.

Qv. IV. *An Nauta, Caupo &c. teneatur ad culpam leviſſimam?*

AFF. (1) Quia in omnibus negotiis ultro ſuſceptis, & ubi quis ſe negotio offert, vel peritiam profitetur, culpa leviſſima præſtatur. *l. 1. §. 35. Depoſ. l. 21. C. mand.* Ut in mandato, *l. 13. C. mand.* Negotiorum geſtione. *l. 34. C. Uſur. ff. 2. obl. quæ quaſ. ex contr.* In his qui operas ſuas locare ſolent, *l. 9. ff. p. Locat.* ſi venditor ſe ad cuſtodiam offert. *§. 3. Inſt. Emt. Vend. l. 35. §. 4. Contr. Emt.* (2) Quia in *l. 3. ff. 1. h.* ulterius dicitur præſtari culpa quam in locato conducto, atqui in locatione præſtatur culpa levis. Atque hæc (3) eſt communis ſententia. *Struv. h. t. §. 111. ibique Dd. Klock. 3. Conſ. 125. n. 13. Chriſtin. Vol. 5. deciſ. 65. n. 16.* Unde (4) Caupo etiam vi hujus præſtationis de rebus receptis & furto ſubtractis ex hoc edicto tenetur. Vide late rationibus & autoritatibus id defendentem *Mull. ad Struv. d. §. 111. lit. d.*

Qv. V. *Si plures ſint navis exercitores, quomodo actione in factum teneantur?*

RESP. Quilibet pro parte, qua navim, cauponam, ſtabulumve exercet. *l. f. §. 5. h. Struv. h. §. 115. ibique Dd.*

Laut. pag. 94. verb. *datur pro ea parte.*

OBJ. (1) *L. 5. § f. l. 2. l. 3. ff. de Exerc. act.*

RESP. Loquuntur textus de actione exercitoria, quæ ex ſingulari ratione & favore commerciorum contra ſingulos in ſolidum datur: Vid. *tit. de Exerc. act.*

OBJ. (2) *L. 1. in f. l. 3. his qui dejec.*

RESP. Loquuntur de actione de dejectis & effuſis, quæ neceſſario contra ſingulos cœnaculi inhabitatores in ſolidum datur, quia deſignari dejiciens non poteſt.

OBJ. (3) Quod actiones pœnales contra unumquemque in ſolidum dentur.

RESP. Cum ex ſuo, non cum ex alterius facto conveniuntur, ut hic.

Qv. VI. *Ax quorum facto teneatur exercitor?*

RESP. Triplex factum eſt, de quo quæri poteſt, an & quousque exercitor illud præſtare & ex eo conveniri poſſit. I. Factum ipſum licitum receptionis, & requiritur, ut vel ipſe receperit, vel illorum aliquis, quibus ipſe curam aut cuſtodiam, cauponæ, navis aut ſtabuli, commiſit; Unde non tenetur ex facto eorum, qui ad aliud miniſterium adſumti ſunt, uti ſunt focarii & alii mediaſtini. *l. 1. §. 3. §. 5. ff. h. t.* Et ſic exercitor navis tantum ex facto receptionis magiſtri navis, vel eorum tenetur, qui ad cuſtodiam navis electi ſunt,

sunt, non mesonautarum &c. *d. l. 1. ſ. 2. & 3.* II. Factum eorum, qui damnum dederunt in caupona, navi vel stabulo: ex quo tenetur Exercitor prima edicti parte, seu quasi ex contractu, de recepto. Et tenetur ille indistincte ex omnium etiam mediastinorum, quin & viatorum facto, *l. 1. §. fin. l. 2. l. 3. pr. h.* quia in genere recepit custodiam in caupona, navi vel stabulo. III. Factum eorum, qui damnum dederunt, ex quo tenetur Exercitor altera edicti parte, actione in factum, saltem quasi ex delicto. Et tenetur tantum ex illorum facto, quos ipse elegit & assumsit ad hoc ministerium, quia ipsi imputatur, quod minus idoneos elegerit, & hoc ergo factum pro illicito habetur, & inde quasi ex delicto tenetur. *L. 6. §. 3. l. fin. pr. & §. 4. h. t. l. un. ff. Furt. adv. naut.*

Hinc cessat (1) hæc actio, si non assumtis ad hanc operam, sed propriis servis utatur nauta; ex horum ergo facto non hæ actiones proditæ sunt, sed noxales, *d. l. fin. §. 4. d. l. un.* (2) In genere totum edictum, si damnum non in caupona datum, sed extra. *d. l. fin. pr. Laut. pag. 93.*

Hodie actio in factum non amplius est pœnalis, sed rei persecutoria, adeo ut viator tantum ad simplum agere possit; quia pœnæ privatæ cessant, omnesque mulctæ sunt fructus jurisdictionis, *B. Par. Hyp. Inst. tit. de Act. §. 32. & tit. de Obl. quæ quaſ. ex del. §. 4. Vinn. Inst. eod. tit. §. 1. in fin. Dd. apud Laut. p. 94.* Equidem judici hodieque liberum est pœnam reo ad duplum usque dictare, sed ea fisco cedit, non actori. *Conf. Struv. h. ſ. 116.*

LIB. V. TIT. I.

DE JUDICIIS.

QV. I. *Quisnam sit processus summarius, & quæ sint causæ summariæ?*

RESP. Processus summarius dicitur, quando de simplici & plano causa cognoscitur, omissis nonnullis, aut saltem formaliter non comprehensis, partibus Judicii. *Brunn. Proc. c. 1. n. 16.*

NOT. 1. Causæ regulariter tractandæ sunt modo ordinario (i. e. adhibitis omnibus solennitatibus, quæ LL. & moribus receptæ sunt) neque invito actore ad summarium trahi possunt. *Laut. p. 95. Brunn. Proc. c. 1. n. 17. Gloſſ. in l. 3. §. 11. ff. ad exhib.* Adeo ut nec consensu judicis id liceat, *arg. pr. Inst. off. jud.* Quamquam processus neglectis formalibus non reddatur nullus, si circa materialia rite pronunciatum fuisse ex actis appareat. *Clem. ſæpe de V. S.* Propter *O. C. p. 3. t. 34. Gail. O. 42. n. 1. & O. 75. n. 5. & 6.*

NOT.

Not. 2. Processus fit summarius (1) ex ipsa lege, de quibus causis *vid. Nov.* 4. (2) ex consuetudine; ut processus arresti, *Carpz. proc. t. 21.* Cambii, & J. Saxon. processus executionis ad recognitionem instrumenti guarentigiati, *Carpz. proc. d. tit. 22.* (3) ex speciali rescripto, ut in *clem. sæpe V. S.* Quod continet formulam Ohne einen ordentlichen und weitläufftigen Proceß. *dict. clem.* verb. *& figura.* Item si addita sit formula, *de plano ac sine strepitu.*

Not. 3. Omnia ea, quæ pertinent ad defensionem necessariam, adeoque quæ sunt juris Gentium, hic quoque requiruntur: Hinc (1) Non quidem opus est solenni libello, *d. clem.* verb. *necessario libellum non exigat*, requiritur tamen brevis & succincta narratio, ac subjecta petitio, *ibid.* verb. *verum quia &c. Hiltrop. proc. p. 2. t. 9. n. 2.* (2) Contradictio quædam requiritur (licet non solennis illa litis contestatio, quæ admodum intricata olim erat, *dict. clem. Brunn. proc. c. 14.*) Atque ea tanquam pars essentialis judicii nec consensu partium omitti potest. *Umm. disp. 12. n. 10. Brunn. d. l. Mynf. cent. 3. O. 74.* (3) Proceditur etiam feriarum tempore, licet feriæ sint necessariæ humanæ. *d. clem.* verb. *in tempore etiam feriarum.* (4) Termini ibi sunt peremtorii & non nisi causa cognita prorogatio conceditur. *Umm. proc. disp. 2.* (5) Non admittuntur exceptiones dilatoriæ si frustratoriæ sint, secus ergo si vel peremtoriæ sint, vel dilatoriæ non frustratoriæ. *c. 4. de except. dict. clem. sæpe. Struv. Ex. 46. th. 7. Carpz. proc. tit. 9. art. 1. n. 56.* (6) Juramentum calumniæ sive generale sive speciale exigi potest. *Hiltrop. Proc. p. 3. tit. 7.* (7) Reconventio locum habet. *Gloss. ad dict. clem. sæpe &c.* Vide *Ummium Proc. disp. 10. th. 5. n. 18.* (8) Probationes superfluæ testiumque superflua multitudo rejicitur, *dict. clem. Vant. de nullit. n. 37. Umm. proc. D. 19. n. 35.* (9) Admittuntur quoque interrogatoria, *Brunn. proc. inquis. c. 8. memb. 2. n. 52.* Dissent. *Carpz. proc. crim. q. 114. n. 21.* (10) Item positiones & articuli, *dict. clem. sæpe.* (11) Nec testibus creditur, nisi juratis, *Brunn. proc. Civ. c. 20. n. 61.* Excipiuntur causæ; quæ nudam demonstrationem requirunt, ubi juramento opus non est, de quo alibi. (12) Judex omissa publicatione attestationum earumque disceptatione examinatis testibus & causæ meritis statim sententiam dicere potest. *Zang. de Exc. p. 1. c. 2. n. 27.* (13) Neque conclusio in causa, neque citatio ad audiendam sententiam requiritur, *dict. clem.* verb. *Sententiam vero. Brunn. proc. c. 26. n. 3.* (14) Peti possunt rationes decidendi. *Brunn. proc. c. 27. n. 10. seq.* (15) Transmissio actorum denegari nequit, nec in summariissimo: nisi periculum in mora sit.

Not. 4. Causas summarias ex J. Civili 19. recenset *Vultej. l. 2. c. ult. Jpr. Rom.* At *Rittershus. ad Nov. part. 9. c. 3. n. 17.* refert XXXI. Alias addit *Carpz. Jpr. for. part. 1. const. 2. def. 18. n. 5. & seq. Brunn. proc. c. 1. n. 16.* In Camera Imperiali 30. referuntur. *O. C. p. 3. tit. 3. Rittersh. d. c. 3. n.* 19. Capi-

19. Capita omnium earum hæc ſunt: (1) Si cauſa non deciditur finaliter; quo pertinent omnia remedia præparatoria. (2) Ex privilegio, ut cauſæ mercatorum, ruſticorum, &c. (3) Ex natura cauſæ, quæ moram non fert, ut in alimentis, poſſeſſionibus &c. (4) Si proprie judicia non ſunt, ſed v. g. arbitria, auſtregæ &c. (5) Si res jam per ſe liquida eſt, ut in cauſis executivis, *Brunn. ad W. h. q. 3.* (6) Ex lege adjecta, ſi ſcilicet Princeps ita vult, *clem. ſæpe V. S.* non ſi judex inferior. *Arg. pr. Inſt. de off. jud.* Si tamen in cauſa ordinaria hic ſummariter proceſſerit, jam ante dictum eſt, inde proceſſum non fieri nullum, modo ſententia in materialibus (ut loqui amant) juri conveniat; nam ex uſu Cameræ nullitates, quæ circa proceſſum committuntur, illo caſu non attenduntur, *O. C. p. 3. tit. 34. Gail. O. 42. n. 1. & O. 75. n. 5. & 6.*

Qv. II. *An judicium inchoetur per citationem, an per litis conteſtationem?*

Laut. pag. 95. verb. conſtituitur judicium &c.

RESP. Quatenus judicium ſumitur pro toto proceſſu, recte initium ejus fieri dicitur a citatione; quatenus vero accipitur pro cauſæ principalis tractatione, non niſi per litis conteſtationem conſtitui dicitur: vid. *LL. Autoris.* Aliter *Dn. Stryk. U. M. h. §. 4.*

Qv. III. *An lis videatur conteſtata, ſi reus exceptionem peremtoriam opponat?*

Laut. pag. 96. verb. Item ſi nudam exceptionem &c.

NEG. Nam non in genere contradicit, ſed ſpecialem opponit exceptionem, quod cum ſæpius fieri poſſit, tot forent litis conteſtationes quot exceptiones. *c. 1. c. 2 Lit. Cont. in 6. Bocer. claſ. 6. Diſp. 20. th. 29.* ubi de jure Civili contrarium obtinere putat. Conf. *Marant. part. 6. rubr. de litis Cont. n. 5. Vinn. L. 1. qu. 17.*

Qv. IV. *An actor invitus agere teneatur?*

RESP. Regulariter in arbitrio actoris eſt, num agere, num vero jus ſuum dimittere velit; aliquando tamen provocatus invitus quoque agere tenetur, niſi vel famæ, vel bonorum periculum facere velit.

Duo autem imprimis in foro celebrantur remedia, quibus actor provocatus ad agendum compelli poteſt. (1) Remedium *Legis ſi contendat 28. ff. de fidej.* Si ſcil. reus exceptionem habet, quæ actore non agente peritura eſſet vel inutilis foret, tunc intereſt rei ut actor agat, indeque adito judice id impetrare poteſt: Utile autem hoc eſt remedium (1) *fidejuſſori*, qui, ſi confidejuſſores vel debitores principales forte rebus ſuis non bene proſpiciant, Creditorem compel-

compellit ad agendum adversus debitorem vel confidejussores. (2) *Debitori*, qui creditorem compellere potest, ut actionem, quam habet, instituat. Utroque casu petit reus, ut actor vel agat, vel perpetuum ei imponatur silentium, nec opus est præcedenti diffamatione, sed sufficit debitum esse. *Vid. Disp. B. Par. de act. ad agend. invit. Class. 2. §. 10. & late seq.*

Ab hoc beneficio differt remedium *Cap. fin. X. de fidej.* ubi fidejussor ante solutionem agit contra debitorem, ut se a fidejussione liberet: hoc casu fidejussor non adigit creditorem, ut præcise agat, indeque casus hic non est quo actor invitus agere tenetur, *d. Disp. §. 20. & seq. & §. 24.* ubi causæ, quibus agere fidejussor ad se liberandum potest, late recensentur.

(2) Remedium *ex Lege diffamari 5. C. de Ingenuis & manumissis:* Quo quis eum, qui nobis diffamando, & vel debitum vel delictum nobis imputando, molestiam creat, in jus vocat, & implorato judicis officio impetrat, ut vel sileat diffamator vel actionem instituat.

Hic ergo requiritur præcedens diffamatio, eaque ab allegante summarie doceri debet, *d. Disp. Class. 3. §. 3. & 6.* Et extenditur hoc remedium saltem usu fori, ad omnes causas civiles & criminales, reales & personales, petitorias & possessorias, *ibid. §. 4.*

NOT. (1) Differunt hæc duo remedia, (1) quod *prius* tantum obtineat, si exceptiones rei tempore perituræ sunt, tunc enim provocare Creditorem ad agendum potest. *d. Disp. Class. 2. §. 9.* *Posterius* obtinet, si aliquis cum rei vagatur fama & fide jactando sibi competere actiones in eum, vel eum jure aliquo male uti, vel delictum commisisse &c. adeoque licet exceptiones tempore non sint perituræ. (2) *Prius* non obtinet nisi, in causis civilibus, ubi debitum est. *Posterius* in omnibus causis criminalibus & civilibus, petitoriis & possessoriis. (3) In *priori* remedio reus supponit debitum, in *posteriori* negat, illudque sibi verificari petit. Indeque (4) in *posteriori* præcedere debet diffamatio, non in *priori*.

NOT. (2) Remedia hæc proprie non sunt novæ actiones, sed ex generali juris dispositione quilibet existimationem suam, quæ per alterius diffamationem periclitatur, vindicare, & jus suum, quod tempore periturum esset, defendere juris remediis & implorato judicis officio potest. Jurisconsulti autem, vel Imperatores in *d. l. 5.* & *d. l. 28.* quid juris sit tantum declarant, *d. Disp. Cl. 2. §. 3. & late seq.*

NOT. (3) Remedium ex L. diffamari concurrit cum actione injuriarum, Conf. *d. Disp. Cl. 3. §. 5. & Mev. p. 1. dec. 114.* at ab ipsa injuriarum actione toto cœlo differt. *d. Class. 3. §. 10.*

Not. (4) Diffamanti non imponitur perpetuum silentium nisi ter citatus non compareat; agitur enim de magno præjudicio absentis, de amissione nimirum debiti. *d. Class. 2. §. 15. Brunn. Proc. Civ. c. 3. n. 29. Carpz. Proc. tit. 20. art. 3. n. 24.*

Not. (5) Provocatus sequitur forum provocantis, quia ille non provocatur ut Reus, sed ut tanquam actor actionem instituat, quod in foro rei seu provocantis fieri debet. *Mev. part. 5. dec. 112. & 122. d. Disp. Class. 3. §. 9.*

Not. (6) Provocatus ex Lege diffamari non tenetur comparere, si jus agendi nondum competit, v. g. si in diem aut sub conditione debitum sit. *dict. Disp. Class. 2. §. 18.* Conf. *l. 11. §. 5. Rec. arb.*

Not. (7) Utrumque remedium cumulari aliquando potest; ut si dubium sit, an id, quod quis jactat, verum sit. Si enim probatur debitum (quod fit per processum ex *Lege diffamari*) tum vi cumulati remedii ex Lege *si contendat* porro compellere creditorem potest, ut actionem instituat debitumque vindicet: Utilis hæc est cumulatio, ne in altero deficiens ad expensas condemnetur. *Carpz. L. 2. Resp. 34. dict. Disp. Class. 3. §. 11.*

Not. (8) Citatio in his causis non inducit præventionem intuitu causæ Principalis, sed saltem ratione judicii diffamatorii: Judex ergo in causa diffamationis præventus potest citare reum in causa principali. *dict. Disp. Class. 3. §. 9. & 11. Gail. l. 1. O. 11. in fin. Mev. p. 6. dec. 9. n. 6. Carpz. l. 2. Resp. 34.*

Laut. pag. 99. pr. verb. etiam filius &c.

Qv. V. *An quis judex esse possit in causa propria vel suorum?*

Vid. *l. 2. t. 1. quæst. 8. pag. 143. & Disp. B. Par. de Judice in propria causa.*

Qv. VI. *An hodie cæcus susceptum magistratum retineat?*

Laut. p. 99. verb. Cæcus qui etiam susceptum &c.

Affirm. *L. 6. h. t. l. 1. §. 5. postul.* Ratio enim, quod jus quæsitum ob calamitatem supervenientem auferri non debeat, nullibi mutata apparet; atque hoc moribus obtinere ait *Schilt. Ex. 10. ad ff. th. 23. in fin.* Aliter *Dn. Stryk. U. M. h. §. 7.*

Dissent. *Bachov. alleg. l.*

Obj. Quod Judex sententiam legere debeat. *L. 3. C. de Sent. ex peric. recit.* Cæcus autem legere non potest.

Resp. Legit Judex, etiamsi per Actuarium id faciat, uti plerumque fit. *Dn. Stryk. d. l.*

Qv. VII. *An major 18. annis judex esse possit?*

AFFIRM. *L. 12. §. 2. Jud. l. 57. ff. de re jud.* Idque semper verum est, si a Principe datus sit, *d. l. 57.* quia sacrilegium est, dignitates a Principe concessas in dubium vocare, *l. 3. C. de Crim. Sacrileg.* At si Judex forte a Prætore datus sit, tunc demum valet sententia, si partes in eum consentiant, *d. l. 57. l. 41. ff. de arbitris*, modo non sit impubes. *L. 12. jud.*

Laut. pag. 99. verb. Pubes intra XVIII &c.

Hodie nihil hic mutatum apparet, atque hinc nobiles, qui patrimonialem jurisdictionem a Principe concessam habent, eam anno 18. exercere possunt sine Curatore. *Stryk. U. M. h. §. 8.*

Neque jure Canonico aliquid mutatum est; nam *c. 41. de Offic. deleg.* loquitur de Judice delegato: qui 20. annos habere debet, *Dn. Stryk. d. l.* minor enim 20. annis a Prætore datus nec jure Civili judicare potest, nisi partes consentiant. *d. l. 57.*

Qv. VIII. *An omnes infames Judices esse prohibeantur?*

Putat equidem *Lauterbachius* tantum Senatu motos prohiberi: at verius est etiam reliquos infames excludi: (1) quia dignitates publicæ non competunt infamibus. *L. 2. pr. C. dignit.* (2) quia Judex integræ vitæ & fidei ac non suspectus esse debet, quæ omnia cessant in infami. (3) si infamia facti, ut v. g. senatu moti, laborantes excluduntur, nedum illi, qui juris infamia notantur. (4) Plerumque quæ testem suspectum faciunt, etiam judicem talem reddunt. *Laut. pag. 100.* at Jure Civili infames testes esse non possunt, vid. *Jus Controv. ad tit. de test.*

Laut. p. 99. verb. sed non reliqui infames.

OBJ. *arg. l. 18. §. 14. Mun. hon. junct. l. un. C. infam.*

RESP. Loquitur lex 18. de muneribus sine honore; nam ab oneribus publicis infames non excluduntur, ne melioris sint conditionis quam honesti Cives.

Hodie indubie excluduntur omnes infames a munere judicandi.

Qv. IX. *An Roma recte dicatur commune domicilium?*

RESP. Ita putat *Lauterb. h.* at nullibi id dicitur, sed communis patria fuit *L. 32. ad Mun. l. 6. §. 11. Excus.* hinc qui Romæ docet, in patria docere videtur. *d. l. 6.* Relegatus ex patria etiam Romæ commorari non potest, *l. f. de interd. & releg.* Romæ profitentes excusantur a muneribus perinde ac si in patria docerent. *L. 9. Vac. mun.* Et hoc sensu etiam Principis sedes est communis patria, quia ipse est pater patriæ, uti dicitur in *l. f. de interd. & releg.*

Laut. pag. 100. verb. commune Roma &c.

Multum vero intereſt: Nam ſi domicilium commune eſſet, poſſent omnes Cives & ſubditi in prima inſtantia ibi conveniri, cum tamen contrarium appa-ret ex *l. 2. §. 1. ſeq. l. 24. h.* Ubi illis, qui Romæ ſunt, jus revocandi domum dicitur competere, nec in illos actio Romæ datur, niſi in ſpecie a Principe evo-cati ſint, *dd. ll.* Sane ſi in remotiſſima provincia degens Romæ reſpondere tene-retur, quæ non anſa calumniis, ſumtibus &c. daretur.

Hodie incognitum eſſe domicilium tale commune ipſe fatetur *Lauterba-chius*, idque probatur ex *O. C. pr. tit. 1. §.* Es ſollen auch ꝛc. ubi primæ inſtan-tiæ Statuum contra judicia & evocationes Imperii ſtabiliuntur.

Hinc apparet quam inepte Papa idem Jus communis domicilii hodie præ-tendat, cum & olim nunquam obtinuerit, & ſi obtinuiſſet, Imperatori jure Im-perii, non Papæ, competeret. Conf. *Stryk. U. M. ſ. 18. h. Struv. §. 16. h.*

Qv. X. *An maritus forum ſuum mutare poſſit in præjudicium uxoris?*

Laut. pag. 101. verb. *legitimæ uxoris &c.*

Caſus hic eſto: Advocatus quidam jus civitatis quæſivit, & domicilium in domo civica inſtituit; eo mortuo creditores inſtabant, ut uxor debita ma-riti ſolveret (id enim ſtatuto loci cautum erat) excipiebat uxor, (1) maritum forum privilegiatum non mutaſſe, adeoque ei ſuccedi non juxta ſtatuta Muni-cipii, ſed juxta fori privilegiati (de quo jure vid. *Laut. ſupr. l. 2. tit. 14. q. 27.*) (2) Se nupſiſſe viro privilegiato, ſcil. advocato, maritum autem ſuo facto pri-vilegia hæc auferre non potuiſſe.

Equidem *poſterior* ratio nulla eſt; Nam ſi maritus vere mutaſſet domici-lium privilegiatum, ac de eo conſtaret, ſucceſſio in bona mariti omnino juxta ſtatuta Municipii fieri deberet; quia uxor neceſſario ſequitur forum mariti. *L. 65. ff. jud. l. f. §. 3. ad Munic. l. f. C. incol. l. 13. C. de dign. Laut. Comp. f. 101. ibique Dd.* Neque iniquitas quædam ſubeſſe videtur, quod jura dotis ita auf-ferri uxori poſſent &c. Nam maritus non auffert ea jura, ſed lex, quæ vult uxorem ſequi debere domicilium mariti: Sed & uxor participat de juribus & commodis municipii adeoque & onera ferre debet. Sane magis imputari de-bet uxori, quæ ſequi fortunam mariti tenetur, quam creditoribus, qui bona fide marito, ſtatuto illo (quod excludit fœminas a juribus illatorum) confiſi, pecu-niam credunt: Etſi vero diſſentire videatur *Mev. J. Lub. procem. q. 4. n. 19.* ta-men notandum, loqui eum de forenſi, qui alibi domicilium habet & ſaltem in alio loco contrahit, ex hoc contractu is quidem obligatur, ſed uxoris privilegia ideo non tolluntur: uxor ſequitur quidem domicilium mariti, at non ejus fo-rum contractus.

Prior autem ratio vera eſt, & ideo abſoluta fuit uxor a ſummo Tribunali

Bero-

Berolinensi in Causa provis. des Hospit. St. Georgii zu Stargard, c. Müllers Wittbe und Erben, den 26. Sept. 1724.

Qv. XI. *An in foro domicilii etiam actiones reales de re alibi sita institui possint?*

AFFIRM. (1) ex natura jurisdictionis, quæ fundata est in toto territorio, & singulis personis ac causis, juribusque earum, adeoque etiam in actionibus personis competentibus, *Disp. B. Par. de Fund. in territ. &c. t.* 2. §. 1. & 2. *junct t.* 4 §. 2. hinc (2) forum hoc generale dicitur, illudque obtinere quoad omnes effectus ait *Abb. in cap. fin. n.* 41. *X. for. comp.* Idque præcipue verum est de actionibus ratione rei alibi sitæ competentibus; nam etsi (3) Judex domicilii jus in rem alibi sitam non habeat, jus tamen harum rerum personis tribui potest, ubicunque res sita est: *l. f. vers. fin aut. C. præscr. l. temp. dict. Disp. t.* 4. §. 3. (4) Eaque sententia confirmatur per *l.* 10. & 11 *ff. de R. V.* ibi, *aut ubi res sit aut ubi agitur &c.* Ergo actio intentari potest extra locum rei sitæ, quia opponuntur, *d. l.* 11. *l.* 12. *Eod. dict. Disp. tit.* 4. §. 5. *in f.* (5) per *l.* 50. *pr. junct.* §. *f. h.* ubi fideicommissum debet peti in foro rei sitæ, & tamen non excluditur domicilium *dict. tit.* 4. §. 7. & 8. (6) per *l.* 47. *pr. Leg.* 1. ubi res legata alibi petita est quam in loco rei sitæ.

Laut pag. 101. *in fin.* verb. *In hoc domicilii foro &c.*

Atque ita praxi obtinere tradit *Stryk. U. M. h.* §. 35. *Et late Dd. in dict. Disputat. t.* 4. §. 5. *in fin.*

DISSENT. *Donell. Gudel. & alii d.* §. 5. *allegati.*

EXC. (1) Quæ nudi facti sunt, uti si forte de nuda restitutione rei lis est, uti in possessione momentanea, quæ tantum in loco rei sitæ petitur, cum mera possessione naturali res teneri non possit, nisi in loco, ubi res est. *L. un. C. ubi de mom. poss.* Confer. *l. un. pr. C. ubi de hær.* ubi de immissione in rem agitur. *L.* 47. §. 1. & 2. *leg.* 1. *l.* 108. *Eod.* ubi itidem de immissione in bona agitur. Et *l.* 12. §. 1. *reb. aut. jud.*

EXC. (2) Si certa res & species (non quantitas) præstanda est, *d. l.* 38. *d. l.* 47. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 108. *pr. Eod.* (qui textus agunt de præstatione, non actione) *dict. Disp. t.* 4. §. 4. quia res dari non potest nisi ubi est.

EXC. (3) Actio in rem pro legato, *d. l.* 38. Nam hæres convenitur personaliter in loco, ubi adiit, quasi ex contractu: Adiit vero ubi major pars bonorum est, *l.* 50. *pr. h.* non ubi res singulæ sunt: Non ergo in singulis locis cogitur suscipere judicium, ubi res sunt, sed competit ei exceptio seu præscriptio, alibi esse majorem partem.

Exc. (4) Si dolo malo res in alium locum translata sit; dolus enim prodesse non debet. *d. l.* 38. *d. l.* 47. *in f. pr. dict. Disp. tit.* 4. §. 4. *in f.*

Exc. (5) Si testator voluit alibi solvi, id enim factum præstat hæres, *l.* 50. *pr. h.* vel (6) Si reus renunciet foro domicilii. *L.* 51. *h.* quia quilibet suo juri renunciare potest, quod etiam factum videtur, si hæres cœperit in loco rei sitæ solvere. *d. l.* 50. §. *f.*

Obj. (1) *L.* 38. *de Jud.* ubi in personam agitur in foro domicilii, at reali actione ubi res sita est.

Resp. Ibi non excluditur forum domicilii, nam de eo non quærebatur, sed de loco rei sitæ quæstio fuit, quem reus respuebat, propter onus litigandi extra domicilium (actor enim mavult agere in loco rei sitæ, ubi illico res restitui potest, reus ægre ibi respondet, sed ad domicilium provocat, ubi præsens est & ubi habitat. *arg. d. l.* 38. *in f.*) indeque deferebatur lis ad prudentes, qui decidebant, etiam ibi peti debere ubi res est: Ita in fideicommissis agendum dicitur in loco rei sitæ, *l.* 50. *pr. h. l. un. C. ubi fideic.* & tamen non excluditur domicilium. *d. l.* 50. §. *f.* Plenius hæc lex explicatur *dict. Disp. tit.* 4. §. 7.

Obj. (2) *L. f. C. ubi in rem actio.*

Resp. (1) ex voce & apparet aliud quoque forum ibi supponi; (2) cum apertum sit reum malle conveniri in loco domicilii, supponendus est casus, ubi reus conventus in loco rei sitæ provocavit ad forum domicilii, & apud Imperatorem id inde defendit, quod actor debeat sequi forum rei: Huic respondet Imperator, verum id esse; at non solum locum domicilii, sed & rei sitæ esse forum rei, adeoque ibi eum respondere debere, quia ab actore, qui electionem habet, ibi conventus erat. Unde etiam (3) in fideicommisso dicitur agendum in loco rei sitæ. *L.* 50. *pr. h. l. un. C. ubi fideicomm.* & tamen non excluditur domicilium. *d. l.* 50. §. *f. dict. Disp. tit.* 4. §. 7. *in fin.*

Obj. (3) Ita judex extra fines Imperii jus dicit de re, quæ alibi sita est.

Resp. Judex statuit de jure rei possidentis, qui ipsius subditus est, hoc jus a re separatum & nullibi situm intelligitur. *L. f. vers. fin. autem &c. C. de Præscr. l. temp.*

Qu. XII. *An in foro domicilii etiam ex quasi contractu agi possit?*

Laut. ibid. Affirm. Nam in genere de contractu traditur, reum vel in foro domicilii vel in loco contractus conveniri posse. *L.* 2. *C. de jurisd.* Nulla autem differentiæ ratio in quasi contractu apparet; quin in utroque idem jus statuitur in *l.* 19. §. 1. *h.*

Obj.

Obj. (1) *L. 54. §. 1. Procur. l. 1. C. ubi de ratiocin. l. 45. h.* Ubi tantum in loco geſtionis agi poteſt.

Resp. Supponitur ibi caſus ubi reus in loco geſtionis conventus provocavit ad domicilium (rationem vide *qu. 11. Obj. 1.*) ſed recte jubetur in loco geſti reſpondere, quia ibi quoque rite convenitur, non ergo excluditur forum domicilii.

Obj. (2) Ratio legis *f. C. ubi de ratiocin. ibi:" quia documenta præſtari in loco geſtionis non poſſunt, in domicilio agere debet.*

Resp. (1) Favor ille actoris eſt, cui renunciare poteſt, (2) ſi actor ideo cogitur in domicilio agere, quia documenta in loco geſtionis præſtari non poſſunt, non defectus fori eſt ſed probationum.

Qu. XIII. *Si defunctus duobus in locis domicilium habuerit æqualiter, cujus loci juribus ſucceſſio determinanda ſit?*

Equidem duobus in locis domicilium aliquem æqualiter habere poſſe tradit JCtus in *l. 27. §. 2. ad Munic. l. 6. ff. 2. Eod. Laut. comp. f. 101.* adeo ut actor habeat electionem, in quo loco reum convenire velit. *Laut. d. l.* Vide *Carpz. proc. tit. 3. art. 5. n. 49. ſeq.* ubi id *arg. l. 4. ff. de eo quod cert. loc.* probat.

Laut. pag. 101. verb. duobus in locis.

Si igitur talis homo moritur, merito quæritur, cujus loci juribus ſucceſſio determinanda ſit? *Beatus Parens* ſolide rem decidit in Diſp. *de fund. in territ. juriſd. tit. 8.* Diſtinguendo inter res immobiles, & mobiles ac nomina: In *illis* ſuccedi juxta ſtatuta loci, ubi res ſita eſt *dict. tit. 8. ff: 3.* In *mobilibus* vero prout res in alterutro domicilio continetur. In *nominibus* vetuſtius domicilium ſpectari: quod ita explicatur *in dict. diſp. tit. 8. §. 8.*

Qu. XIV. *Ubinam ſit locus contractus, ſi locus expreſſus non eſt?*

Resp. Ubi negotium ad eam perfectionem pervenit, ut obligatio inde oriatur; tum enim perfectum eſt, etſi alibi aliquid accedat, quod ad confirmationem ejus pertinet, uti ſcriptura &c.

Laut. pag. 102. verb. Qui ſi non fuerit expreſſus &c.

Exc. (1) Si dos repetitur, hæc enim repetitur in domicilio mariti, etſi ibi non ſit contracta. *L. 65. h.* quia revera contractus non eſt ex quo obligatur maritus, nec actio ex contractu, ſed ex Lege. Indeque in foro generali domicilii intentari debet. (2) Si alibi reus ſolvi promiſit, tunc enim in eum locum conſenſit, *l. 21. O. A.* (3) Si contractus in ſcriptis fit, vel inſinuatione opus eſt, tunc enim ibi contrahitur, ubi ſcribitur vel inſinuatio fit. (4) Si novum negotium acceſſerit, ut pignus, fidejuſſio, conſtitutum, &c. forum enim eſt

 ubi

ubi hæc acta sunt. Atque hinc fidejussor, ubi fidejussit, convenitur, item pecuniæ constitutæ reus ex constituto, ubi constituit. *l. 5. §. 1. pec. const.*

Qv. XV. *An absens in foro contractus conveniri possit?*

Laut. pag. 102. verb. Sive reus ibi reperiatur &c.

Valde inter Doctores controvertitur quæstio, an extraneus in aliquo loco contrahens, si postea discedat, absens citari possit & an ille comparere teneatur? Equidem si ibi inveniatur, vel bona ibi habeat, dubium non est quin ibi conveniri possit. *l. 19. §. 1. ff. jud. c. 1. §. 1. for. comp. in 6.* At quid si nec ibi reperiatur, nec bona ibi habeat? Sane communis Dd. opinio negativam amplectitur, scilicet debitorem absentem in foro contractus forum non sortiri *Bart. ad l. 19. §. 1. de jud. Franzk. l. 3. Res. 11. n. 11. Paurmeist. de Id. l. 2. n. 102. Stephan. de Id. l. 1. c. 20. n. 35. Bluhm. proc. cam. tit. 9. 26. n. 6. Merckelbach. apud Klock. tom. 2. cons. 83. n. 4. & seq. & tom. 4. cons. 38. n. 23. Carpz. L. 2. Res. 30. Richt. dec. 105. n 32. & seq. Coler. proc. exec. p. 2. c. 1. n. 44. Text prax. jud. p. 1. c. 2. n. 31. Mev. J. Lub. L. 5. t. 3. a. 4. n. 28. p. 1. dec. 239. n. 1. p. 7. dec. 48. n. 1.* ubi de generali praxi. *dec. 72. n 2. & dec. 377.* item *cons. 93.* ubi de praxi Pomeraniæ testatur. *Coch. prax. for. Germ. p. 1. c. 2. §. 12. Grœnw. ad tit. C. ubi conv. qui cert. loc. Stryk. U. M. de Jud. §. 21. Laut. tit. de jud. p. 102. Gail L. 2. O. 36. n. 14. Struv. tit de jud. §. 42. Zanger de Exc. p. 2. c. 1. n. 73. Obrecht. L. 3. de Id. c. 12. n. 19. Carpz. dec. 216. n. 6. & 10. & dec. 191. n. 18. Brunn. ad l. 2. C. Id. omnium jud. & ad l. 19. §. 1. n. 11. n. 14. & 18. ibique Dd. de jud.*

Attamen verius est absentem in loco contractus posteriori quoque casu conveniri posse: idque (1) ex ratione juris gentium. Quia jurisdictio territorii fundata est in omnibus actibus & contractibus, qui in illo territorio fiunt; contrahitur enim juxta leges & jura illius loci; *Carpz. tit. 3. art. 2. n. 17.* cum ergo judici illius territorii semel jus quæsitum sit in illo actu illove contractu, hoc jus semel quæsitum reus absentia sua auferre judici nequit. (2) Extraneus ille, hoc ipso dum in illo loco contrahit, tacite quoque illius loci judicium, jura, solennitates, adeoque & leges, jurisdictionem ac forum, agnoscit, quo casu ipsorum dissentientium judicio forum in loco contractus sortitur: Idque (3) expresse ita traditur in *l. 19. §. 1. ff. de jud.* verb. *etsi domicilium ibi non habuit, ibi se debebit defendere*, quod clarius explicatur in *Nov. 69. c. 1 pr.* verb. *& præcipimus &c. ut unusquisque in qua provincia deliquit aut in qua NB. pecuniarum &c. reus est, illi etiam juri subjaceat:* Cujus rei causa nervose hæc traditur in *d. c. 1. §. 1. Quid enim erit durius quam læsum circa sublationem bovis aut equi aut jumentorum alicujus aut pecudum aut* (ut exiguum dicamus) *domesticæ gallinæ, hunc cogi non in qua NB. aufertur provincia litigare, sed alibi currere & ibi probationes*

tiones horum quæ pertulit exigi, & aut plures expenſas pati quam rei æſtimatio eſt, aut inopiam ingemiſcentem ferre.

Neque (4) dici poteſt textum loqui de delictis, ibi vero intereſſe reipublicæ, ne delicta maneant impunita, atque ex hac cauſa remiſſiones olim neceſſitatis fuiſſe: Nam Reſp. (1) *d. Nov. 69.* loquitur expreſſe tam de delinquentibus quam de iis, qui pecuniarum rei ſunt. *d. Nov. 69. pr.* Conf. *c. 2. pr. & §. 2. & c. 3. pr. d. Nov.* Sed & (2) eadem utrobique ratio eſt, nam publice quoque intereſt, fidem ſubditis ſervari: Neque ulla ratio apparet, cur extraneus magis ob delictum quam ob contractum remitti ad forum ſpeciale debeat, & cur jurisdictio loci magis fundata ſit in delinquentibus quam contrahentibus: Neque (3) ratio illius *Nov. 69.* ponitur in eo, ne delicta maneant impunita, ſed quia iniquiſſimum eſſet eum, qui cum extraneo bona fide contraxit, ſequi reum, in aliena provincia litigare, & immenſis expenſis jus vindicare debere: quæ ratio æque militat in contractibus.

Accedit (5) expreſſa diſpoſitio juris Canonici in *c. 1. §. contrahentes &c. de foro comp. in 6.* quæ vult, ut, quoties extranei contrahentes citati in loco contractus nolunt comparere, ad judicis denunciationem judex domicilii vel rei ſitæ miſſionem in bona facere debeat.

Atque hæc ſententia non tantum a pluribus Dd. defenditur, *Mev. de areſt. c. 12. n. 10. Covar. c. 10. pract. 44. n. 4. Zanger. p. 2. c. 1. n. 179. Cocceji Diſp. de fund. in territ. Id. S. 4. §. 12. Franzk. com. de Jud. n. 37. & L. 3. reſ. 11. n. 13. Carpz. L. 2. Reſp. 29. & 30. Umm. proc. diſp. 4. n. 5. Bom. ad Un. jus jud. D. 1. th. 10. lit. b. Mynſ. L. 2. O. 5. verſ. plerique. Hillig. ad Don. L. 17. Comm. c. 12. lit. k.* Sed & in eam itum eſt a D. in curia Halberſtadienſi, in cauſa des Juden Levin Meyers contra den Baron von Reuſchenberg. An. 1709.

Nec OBSTAT (1) cognitionem contra abſentem eſſe ſine effectu, deficiente quippe executione.

RESP. Executio fieri poteſt, vel in bona, ſi in eo loco quædam habeat, vel per ſubſidiales; nam judex domicilii vel rei ſitæ ad inſtantiam judicis ejus loci, ubi contrahitur, executionem peragere tenetur, *dict. c. 1.* Quod ſi nolit facere, vel comminatione repreſſaliarum, vel etiam legitimis remediis coram judiciis Imperii inſtituendis ad id compelli poteſt: Sed & (2) hæc ratio allegari non poteſt, quia plures caſus a diſſentientibus ipſis admittuntur, ubi ceſſante licet executione, abſens forum ſortitur in loco contractus, ut ſi foro renunciat, ſi doloſe latitet, *vid. in fin. h. dec.* His enim omnibus caſibus fundata jurisdictio, licet executio non niſi per ſubſidiales fieri poſſit. Accedit (3) quod deficiente executione non ceſſet jus cognoſcendi. Illa enim tunc deſtituitur effectu non ob defectum juris ſed objecti.

OBJ. (2) Quod in *d. c.* 1. diserte contrarium statuatur, nempe quod Archiepiscopus contrahentes aliarum diœcesium, nisi ibi inveniantur, invitos ad se trahere non debeat.

RESP. (1) Verum est, quod immediate eos ad se trahere non possit propter *clem. 2. de sent. & re jud.* §. *f. Inst. pœn. tem. litig.* juncta *l. f. Jd.* sed vel per subsidiales, vel si nesciatur ubi sit, per edictales potest, hoc enim statim ita explicatur, ut si citati non compareant, vel malitiose se occultent, ne citatio ad eosdem perveniat, permittatur Archiepiscopo missionem facere in bona quæ ibi habent NB. *vel decernere faciendam in possessionem bonorum quæ alibi habent, prævia requisitione diœcesani.* Adeoque ex his finalibus verbis apparet, sensum Capituli hunc esse, quod Archiepiscopus absentem & aliarum diœcesium subditum citare, & si non compareat, missionem in bona ejus alibi sita decernere decretique executionem per subsidiales urgere possit.

Magis quoque vera est illa regula, & absens in foro contractus conveniri potest (1) si privilegio fori renunciavit. *Mynf. cent. 2. O. 5. n. 2. Brunn. ad l. 19. §. 11. de jud.* Vel si (2) lis semel cœpta sit, & debitor aufugerit, vel comparere ulterius nolit. *l. 30. ff. jud.* Atque hoc ita quoque observatum fuit in eadem causa.

QV. XVI. *An ille, qui cum advena statim discessuro & qui nec stationem nec officinam in loco habet, contraxit, eique fidem de pretio habet, reversum in loco contractus possit convenire?*

Laut. p. 102. verb. (2) si quis fide de pretio habita &c.

NEG. Nam contrahens ideo in foro contractus conveniri potest, quia in eum locum consensit, indeque obligatur: At si statim discessurus est altero fidem de pretio habente, non consentit in locum, quia animus est statim discedendi, non ergo ibi respondendi & de hoc casu loquitur *Carpz. p. 2. Resp. 30. n. 6.*

Secus ergo si ibi moretur, tabernam ibi habeat &c. & contrahat, tum si postea discedit, & iterum revertitur, convenitur, etsi statim iterum discessurus est, quia semel in locum consensit; *Brunn. ad l. 2. C. Jurisd.* cum & absens eo evocari possit. *Nov 69. c. 3.*

In praxi inutilis hæc disceptatio videtur, quia viator arrestari potest donec caveat. *B. Par. in Disp. de Fund. in territ. tit. 4. §. 18. Mev. p. 1. dec. 239. Stryk. U. M. h. t. 32.*

QV. XVII. *Ubinam sit forum delicti si in confinio delictum commissum sit?*

Laut. pag. 103. verb. si in confinio &c.

RESP. *Alii*, quod ei competat cognitio, in cujus territorio pars infima occisi, seu pedes, positi cernuntur, uti *Hörn. tract. de Post. c. ult. theor. 3. Niell.*

Niell. Disp. feud. ult. Hœn. Disp. ad Inst. pen. quia scil. ad lapsum seu casum ante omnia pedum titubatio requiritur, quæ ut plurimum in eo territorio fit, ubi delictum committitur: *Alii* ei, in cujus territorio caput tanquam principalis pars hominis situm est, *Berl. dec. 62.* illamque praxi receptam dicit *Wehn. Obs. pract. voc.* Glaid. *Alii* idem de corde afferunt, vide Dd. apud *Hörn. d. l. Alii* aliter, *d. l.* Sed adeo inanes horum omnium sunt rationes, ut nec refutationem mereantur: Nos ergo, veriorem sententiam secuti, utrique territorii domino cognitionem in dubio tribuimus, cum enim locus ipse, & quæ ei cohæret jurisdictio sit communis, cognitio quoque de delicto in tali loco commisso necessario erit communis: Atque hæc est communis Dd. sententia: *Bald. in Leg. 2. C. ubi de Crim. n. 2.* & in *Tract. de jurisd. omnium jud. n. 4. Bachov. V. I. D. 19. th. 4.* Praxi quoque recepta, *Carpz. p. 3. quæst. 10. n. 37. Clar. §. fin. qu. 38. n. 11. Wehn. pract. obs. voce* Glaid *ibique Dd.* adeo ut nec præventioni locus sit, quia hæc supponit duas jurisdictiones in uno loco concurrentes in solidum; at confinium pro partibus indivisis commune est, & sic jurisdictiones ibi non in solidum concurrunt. *Disput. Dn. Coccej. de fund. in territ. jurisd. tit. 4. §. 20.* ubi Dissent. *Panorm. ad cap. ult. n. 26. X. de for. comp.*

Qv. XVIII. *Ubi nam locus delicti sit, si injuria in uno scripta, in altero insinuata sit?*

RESP. Ubi scripta; quia ibi scribens lædit, & famæ alterius nocet, indeque ibi delinquit; eodem modo ut ille, qui cædem mandat, ex hoc mandato obligatur, licet alibi ejus executio facta sit; & fieri potest, ut nunquam insinuetur absenti, forte quod nuncius non deferat, nemo tamen negabit, injuriam in illo loco commissam esse. Quin si ore injuriam absenti dicat, v. g. eum furem esse, quod amicus ei denunciat, utique injuria fit in loco ubi dixit, non ubi nunciata est. Et denique aliud est injuria, aliud injuriæ denunciatio; uti furtum est, etsi domino non sit nunciatum. Neque nunciatione peccatur, vel nescire potest nuncius, injuriam literis contineri, vel bono animo id facere. Denique cum injuria ibi saltem cœpta sit, verum utique est criminaliter inde agi posse, *l. 1. C. ubi de Crim.*

Laut. pag. 103. verb. v. g. ubi injuria in scriptis &c.

DISSENT. *Bald. cons. 294. & Dd. apud Berl. 2. dec. 181.* ex ratione, quod non videatur consummatum delictum nisi explicetur per nuncium.

RESP. (1) Imo est consummatum, sed non nunciatum, (2) non tantum in loco consummati, sed & inchoati delicti agi potest.

OBJ. Argumentum a contractu, ubi inspicitur locus receptarum literarum, vid. *Laut. pag. 102.*

RESP. Imo in hoc ipſo non conveniunt contractus & delicta, nam ante conſummationem contractus non eſt, nec utriusque conſenſus; at ante conſummationem delictum jam eſt, nec ibi utriusque conſenſus requiritur.

QV. XIX. *An abſens in loco privati delicti forum ſortiatur?*

Laut. pag 103. verb. *An vero abſens &c.*

AFFIRM. (1) Quia nullibi præſentia requiritur, *l. 7. §. p. accuſ. l. 1. C. ubi de Crim. Auth. quia in provincia C. Eod.* In quibus locus delicti, & ubi reus præſens eſt, opponuntur, Conf. *Nov. 60. c. 1. l. 7. Cuſt. reor.* ubi judex loci delicti commiſſi executionem a judice ubi reus eſt impetrare poteſt, quod deſiderare non poſſet, ſi nulla eſſet jurisdictio.

INST. Quod ceſſet executio, inprimis ſi judex per ſubſidiales requiſitus executionem peragere nolit.

RESP. Effectum omnino habet hæc condemnatio (1) ſi contra abſentem quoque fieri poteſt executio, ut in relegatione. Optime *Stryk. U. M. h. §. 29.* (2) Si bona ibi habet, in ea executio fieri poteſt. *Coccej. dict. tit. 4. §. 12.* (3) Si bona non habeat, ceſſat executio ob defectum objecti, non vero ob defectum jurisdictionis. Conf. *Berl. alleg. loc.* (4) Executio quoque fieri poteſt per ſubſidiales, & ſi judex requiſitus recuſet auxilium vel per juſſum ſuperioris, vel per repreſſalias ad id adigi poteſt. *Vid. ſup. qu. 15.*

QV. XX. *Ubinam Principes delinquentes forum ſortiantur?*

RESP. Principes delinquentes nullum aliud judicium præter bellum agnoſcunt.

EXC. Niſi delinquant extra ſuum territorium, ubi privati, indeque poteſtati illius territorii ſubjecti ſunt. Atque ita regina Scotiæ juxta Angliæ leges capite mulctata eſt &c. Conf. *Stryk. U. M. h. §. 22. B. Par. in Diſp. de fundat. in territ. tit. 2. ʃ. 12.*

Principes cum ſuis ſubditis judicium non habent, indeque ſi his injuriam faciunt, vindictæ divinæ id relinquendum; quod enim Princeps hoc ipſo dum delinquit, deſinat eſſe Princeps, neutiquam admittimus: Conf. *Grot. L. 1. de Jur. Bell. & Pac. c. 4.*

In imperio noſtro quædam ſingularia ſunt: Nam Imperator contra ſubditum peccans non habet judicem, ne quidem Comitem Palatinum: *Stryk. d. l. §. 24.* Status Imperii vero delinquentes a ſubditis coram ſuperiori conveniri poſſunt: At quis ille ſuperior ſit, admodum diſceptant Doctores; *B Par. in Jur. Publ. c. 23. ʃ. 7.* Imperatorem in conventu Principum jure des Fürſten-

Rechts

Rechts de hujusmodi causis judicare ait; Conf. omnino *Dn. Stryk. U. M. h. §. 23.*

Qv. XXI. *An hæreditatis petitio in loco rei sitæ institui possit?*

NEG. Nam hæreditas nullibi sita est, consistit enim non in rebus, sed in universitate omnium jurium, ubicunque res sint, quin licet nullæ in ea sint; Idque probat *l. un. C. ubi de hæred.* Hæreditas igitur peti non potest, nisi in foro domicilii hæredis. *d. l. un. Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi, ubi res hæreditariæ sunt, degit, hæreditatis erit controversia terminanda.*

Laut. p. 103. verb. Universalis vel particularis.

OBJ. *l. 50. pr. h.* Ubi fideicommissum non petitur in foro domicilii, sed ubi major pars hæreditatis sita est:

RESP. Loquitur de præstatione & traditione fideicommissi *d. l. 50. pr.* ibi: *non erit ad præstationem compellendus*, non etiam in hæreditatis petitione immissio fieri debet in loco rei sitæ, *d. l. un.* At extraordinaria persecutio, quæ pro obtinendo fideicommisso competit, *(Vid. Laut. Comp. f. 530.)* ibi instituitur ubi domicilium hæres habet, per *d. l. 50. § f.*

Pro dissentientibus in Supremo Tribunali Berolinensi judicatum est in causa von der Horst c. die von Langen d. 5. May. 1722. & 8. Sept. 1722.

Qv. XXII. *Quis hodie sit usus privilegii miserabilium personarum?*

Præmittendum est in *l. un. C. Quando Imperator inter pupillos, vel viduas, vel alias miserabiles personas cognoscat*, duo privilegia miserabilibus personis constituta esse, (1) ut pupilli & aliæ personæ miserabiles a foro ordinario evocari nequeant, (2) ut hujusmodi personæ immediate ad Imperatorem provocare possint: *Prius* beneficium postea ad omnes subditos extensum est *Nov. 86. c. 1.* & hodieque nemini beneficium primæ instantiæ auferri debet, adeoque de *posteriori* tantum quæstio est.

Laut. pag. 104. verb. Si actores sunt &c.

Ratio posterioris beneficii videtur esse tum quod Imperator nolis pupillos aliasque miserabiles personas litibus vexari, earumque facultates per viam juris ordinariam enervari, tum quod reipublicæ intersit, hujusmodi personis, quæ sibi ipsis consulere non possunt, publice prospici: Adeoque hic & favor pupilli & favor publicus concurrunt.

AMPLIATUR autem hoc beneficium, ut obtineat *I.* etiam in causis criminalibus, *Brunn. ad d. l. un. ibique Dd.* Etsi enim beneficia non dentur delinquentibus, hactenus tamen publice prospici debet, ne illi, qui se ipsos defendere per ætatem, vel aliam miseriæ causam non possunt, indefensi maneant:

II. Etiam

II. Etiam si lis cœpta jam sit a pupillo, & actio ab eo instituta: *Natta Cons. 590. n. 15.* vel si lis a majori cœpta & a pupillo contestata sit. *Velasco de prov. paup. p. 2. q. 3. n. 11.* idque in specie in Marchia ita statutum est. *Ord. Cam. tit. 10. §. 13.* At evocari tum causa debet & continuari apud superiorem in eo statu quo antea fuit: *III.* Provocare pupillus ad superiorem potest etiam per saltum, i. e. præterita intermedia instantia, eadem enim privilegii ratio hic subest. *Barbos. ad l. un. C. Quand. Imper. n. 11. & 18. Vultej. ad d. l. un. Krull. in disp. de privil. miserab. pers. c. 4. n. 56. l. seq. ubique late Dd. IV.* obtinet hoc privilegium, etsi miserabiles personæ tutores habeant, *Laut. Comp. fol. 104.* Et si *V.* sint divites, *Laut. d. l.* quia privilegium ætati datur, non ob inopiam.

Excipiuntur ab hac regula (1) causæ feudales: nam jurisdictio in causis feudalibus non est ex concessione Imperatoris, sed quasi prorogata ex dominorum & vasallorum consensu, neque locum habet nisi in causis illius beneficii. *Coccej. Hyp. feud. tit. 13. §. 4. & 6.* Hoc ergo jus vasallo quæsitum auferre Imperator nequit: *Coccej. d. §. 6.* Unde nec prorogari hæc jurisdictio a pupillo potest; *Struv. Synt. jur. feud. c. 16. th. 8. Finckelth. disp. feud. XI. th. 6. Coccej. d. l. Vult. d. feud. l. 2. c. 2. n. 23.*

Dissent. *Doctores apud Coccej. d. l. in not.*

Exc. (2) Si alter æque sit miserabilis, nam privilegiatus contra æque privilegiatum non utitur privilegio. *Brun. ad dict. l. un. n. 17. ibique Dd.*

Exc. (3) Si jurisdictio jure proprio competit, uti Statibus Imperii: tunc enim privilegium illud cessat: Nam omne exercitium jurisdictionis Imperatoriæ cessat in Statuum terris ante appellationem, Status vi superioritatis territorialis, non E. vi officii juris dicundi potestatem habent, hanc tollere Imperator per tale privilegium non potest: *Vid. Gail. 1. O. 1. n. 40. Laut. comp. f. 104. Mev. d. l. ibique late Dd. Laut. Colleg. jur. L. 5. t. 1. §. 58. Carpz. L. 1. t. 2. Resp. 19. n. 14. 16. Stryk. in annot. ad Laut. Comp. f. 104.* ubi addit rationem, quia Camera non habet jus evocandi, nisi causa per appellationem eo fuerit devoluta:

Dissent. *Grav. ad Gail. 1. O. 1. n. 40. concl. 1. Laut. Disp. de jur. perhorr. th. 37. & 39. Ludolph. de J. Cam. noviss. Sect. 1. Strykius* distinguit inter provincias appellabiles, & non appellabiles de *U. M. L. 5. t. 1. §. 31.*

Quæsitum memini, an causæ miserabilium evocari ad Tribunal Berolinense possint? & merito negandum puto, quia Tribunal hoc surrogatum est in locum judiciorum Imperialium: & quidem in causis, quæ intra summam appellabilem ventilantur, uti igitur ad Imperii judicia evocatio locum non habet, ita nec a Tribunali id fieri potest. Unde remissa est causa quædam pupillaris ad supremum Cliviæ judicium, in causa Coers c. von Dulken ao. 1722.

Qv. XXIII.

Qv. XXIII. *An Studiosi forum prorogare possint?*

AFFIRM. Quia in eorum favorem est introducta jurisdictio Academica, *Auth. habita C. Ne filius pro patre*, cui proinde renunciare possunt. *sup. L. 2. t. 1. qu. 16.*

OBJ. Quod juramentum præstiterint se citatos comparituros.

RESP. Eo non continetur quod præventi in alio foro velint eo deserto coram Rectore respondere. Comparere ergo debent, & allegare litispendentiam; Nam & cives jurant, & tamen volentes alibi quoque conveniri possunt.

Qv. XXIV. *Quis ordo sit judicandi in concursu diversarum causarum?*

RESP. Ante omnia (1) PRÆJUDICIALES tractantur, a statu enim dependent omnia reliqua jura, & frustra de crimine quæritur, si persona criminis non est capax. Vid. *text. Autoris.* (2) POSSESSORIÆ. *L. 1. C. appell. l. 3. C. fin. reg. l. 7. C. Vi publ. Cuj. 5. Obs. 15.* Inprimis si causa spolii sit. *c. 6. x. de restit. spol. d. l. 7.*

Laut. pag. 105. in fin. verb. concursu harum &c.

OBJ. *L. 37. h. t. l. 5. §. 1. Vi Publ.* ubi violentia adeoque crimen prius examinandum.

RESP. Per vim intelligitur possessorium de vi, non crimen, ut in *l. 7. C. eod.*

(3) CRIMINIS COGNITIO sequitur, quæ præfertur causæ civili, nam crimine probato multo magis hæc probata erit, (quippe cum evidentissima probatio in criminibus requiratur) Idque verum est etsi crimen sit incidens, *l. f. C. Ord. jud. l. 22. pr. C. fals. l. 2. §. si publico ff. de adulter. Carpz. p. 2. Resp. 52.* Quin etsi cœpta jam causa civilis & executiva sit. *Carpz. d. l.* Si tamen crimen incidens non est præjudiciale, una sententia finiri potest. *dict. l. fin. Carpz. d. l.*

(4) Denique sequitur CAUSA CIVILIS cum sua executione, *l. 7. ff. de vi Publ.* quatenus vero causa civilis aliquando vel simul vel ante, vel separatim tractari possit, videbimus infra *l. 48. t. 1. q. 4.*

Aliquando tamen simul peraguntur, causa civilis & criminalis, ut si illa per modum exceptionis opponatur, *l. p. C. ord. jud.* aliquando ea præfertur criminali causæ; ut si civilis sit præjudicialis, *l. 26. C. adult.* si scilicet injuria infertur ex actis causæ civilis. *L. 10. C. de injur. l. 1. §. 3. ad SC. Turpil. Carpz. 2. Resp. 52. Brunn. d. l. 10. n. 2. Cothm. V. 1. Cons. 10. n. p. & ult. Berl. p. 5. c. 65. n. 45. Bald. d. l. 10. Sand. L. 5. t. 8. d. 10. Mev. p. 4. d. 46. n. 4. & p. 6. dec. 85.* vel si principaliter agitur de re civili. *L. 4. publ. jud. l. 6. L.*

7. § *de Injur.* Plura de concursu causarum vide apud *Brunn. ad d. l. f. Clar.* §. *fin. q. 2. Trentac. L. 2. res. 7. Bach. 1. D. 12. th. 13 lit. a. Capyc. dec. 25. Afflict. dec. 229. Ricc. dec. 409.* &c.

NOT. Actoris optio est quam actionem intentare velit, sed præjudicat sibi ordinem invertendo. Unde finito judicio civili de crimine agi non potest, (at fiscus potest, quia jus fisci privatus tollere nequit. *Clar.* § *f. Quæst. 2. n. ult.*) Item obtinet in possessorio, si petitorium semel finitum sit. *l. 18. §. f. vi arm. c. 6. caus. poss.*

Qv. XXV. *Quando finiatur instantia?*

RESP. Triennio in causis civilibus, *l. 13. C. h.* biennio in causis criminalibus. *ibid.*

OBJ. *L. f. C. Præscr. 30. an.* Ubi lis semel mota finitur 40. annis, non triennio: Bene.

RESPONDET *Dn. Stryk. U. M. h. ∫. 16.* instantiam finiri triennio, at ipsam actionem non nisi elapsis 40. a mota lite annis: Vid. *supr. tit. Quod met. causa q. 5. & 6.* Unde quoties actor intra triennium silet, postea expensas instantiæ solvere tenetur, &, si agere denuo velit quod intra 40. annos potest, novum offerre libellum, & causam ex integro tractare debet, *Stryk. d. l.*

Hodie instantiæ judiciorum Germaniæ in causis civilibus, sunt perpetuæ. *Dn. Stryk. d. l.* §. 15. Indeque hodie cessat illa refusio expensarum &c. At instantiam in causa criminali elapso triennio *hodieque* exstingui ait *Mynsingerus* apud *Stryk. d. l.* quanquam inquisitioni judicis eo non fiat præjudicium. *ibid.*

LIB. V. TIT. II.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Qv. I. *An querela inofficiosi testamenti sit actio proprie sic dicta?*

Laut pag. 106. verb. vel tanquam actio &c.

NEGATUR: Certum enim est, ad hæreditatem petendam tantum actionem vel ex lege 12. tabb. vel testamento facto, ex testamento esse datam, nec ullam aliam actionem constitutam esse lege, aut edicto, qua testamentum tolleretur: Sed ut rescindi possit, factum est interpretatione JCtorum, qui autores fictionum sunt. Et alias non opus esset colore furoris; Neque actio dici querela & accusatio solet, uti hæc. *L. 27. §. 3. h.* Atque hinc moribus inducta dicitur, *pr. Inst. h.* quibus interpretatio JCtorum tribuitur. *L. 2. §. 5. O. J.*

Qv. II. *An Querela inofficiosi testamenti sit remedium diversum a petitione hæreditatis?*

AFFIRMATUR: Nam querela rescindit testamentum, eoque rescisso, petitio hæreditatis, quæ est actio rescissoria, datur: Adeoque casus hic est, ubi rescisso testamento actio restitui petitur: Indeque ex omnibus illis rationibus, quibus diversitatem judicii rescindentis & rescissorii probavi supra *l. 4. tit. 2. q. 3.* hic quoque eadem diversitas defendi potest.

Sed & cum singulares quædam rationes in hac specie occurrant, potiores saltem ad diversitatem harum actionum stabiliendam in medium proferam: Esse autem querelam remedium a petitione hæreditatis diversum, apparet (1) quia petitio hæreditatis vel est ex testamento, vel ab intestato. *L. 1. 2. & 3. de Petit. hær.* at querela nec est ex testamento, quia eo exclusus est indeque contra illud agit: nec ab intestato, quia exstante testamento non est causa intestati, *l. 3. A. H.* sed per querelam demum fit causa intestati, adeoque contradictio est, querelam esse ex causa intestati, & causam intestati ex querela; Idem enim non potest causa esse & effectus. *B. Par. in Disp. de Jud. rescind. & resciss. S. 4. §. 16.*

(2) Petitio hæreditatis datur contra quemvis, qui pro hærede vel possessore possidet. *L. 9. & seq. ff. l. 7. C. hær. pet.* Querela contra solum hæredem scriptum, etsi non possideat. *L. 8. §. 10. ff. l. 1. C. Eod. &c. dict. disp. Sect. 4. §. 13.*

(3) Alio ordine lex hæreditatem ejusque petitionem, alio querelam defert: Nam ita si frater, præterito patre & fratribus, honestam personam instituat, ille solus querelam habet, at rescisso testamento, fratres ab intestato concurrunt. Ita turpi persona instituta, soli fratres querela agunt, at in petitione hæreditatis concurrunt fratrum filii. *L. 6. §. 1. de inoff. testam. dict. disp. Sect. 4 §. 11. junct. §. 8. & Sect. 5. per tot.* adeoque sunt diversa remedia.

Accedit (2) ratio: Si enim querela est petitio hæreditatis, necessario, si actor vincit, debet ei adjudicari hæreditas; id enim fit in petitione hæreditatis. *l. 3. l. 10. pr. de hær. pet. l. 1. pr. si pars hær.* Atqui actori in querela vincenti non adjudicatur necessario hæreditas; *l. 6. §. 2. h. t.* Nec qui totam querelam habuit, & in ea obtinuit, totam hæreditatem consequitur. *l. 19. h.* Quod sane contradictorium est; si per querelam ipsa peteretur hæreditas. *dict. disp. sect. 4. §. 4. & late seq. junct. §. 2.*

Equidem respondet *Laut. aliique:* Prodesse saltem hoc casu aliis victoriam: at posito eam prodesse aliis, (quod tamen refellitur ex *l. 2. C. Quib. res jud.*) ante ipsi vincenti proderit? quod omnino dicendum, quia ita judicatum

 est;

eſt; at hoc non fit, quando actori adjudicata eſt tota hæreditas, & ipſe tamen nihil inde conſequitur, ut in *l. 6. §. 1. h. l. 1. in f. h. junct Nov. 118. c. 3.* Hic ergo ille, qui ex Dd. ſententia hæres ex re judicata factus eſt, non eſt hæres; qui autem nec egit, nec hæres declaratus eſt, excludit eum qui in ea ſolus hæres declaratus eſt; quæ meræ ſunt contradictiones *d. Diſp. S. 4. ʃ. 8.*

Porro & (5) ſtante Dd. ſententia fieri poſſet, ut res judicata effectum non haberet, nam quia contingere poteſt, ut alius obtineat querela, aliud vero acquirat hæreditatem, nihil fieret prout judicatum eſt, ſed omnia contra: actori enim adjudicata eſt hæreditas mediante querela, qui nihil accepit, alteri, qui totam accepit, nihil adjudicatum eſt. *d. Diſp. §. 9. ſeq.*

Atque hinc (6) infinitis modis hæc duo remedia differunt: *Querela* enim eſt actio perſonalis, & quaſi ex delicto, utpote cum ſit inſtar actionis injuriarum, adeo ut ne hæredi quidem detur. *l. 8. pr. h. arg. pr. Inſt. de perp. & temp. act.* *Petitio hæreditatis* eſt realis. (7) *Illa* quinquennio finitur. *l. 9. §. 2. C. h.* *Hæc* 30. annis, *l. 7. C. h.* &c. *dict. Sect. 4. §. 12. & ſeq.*

Obj. (1) Nullibi id dici, petitionem hæreditatis ſequi querelam inofficioſi teſtamenti.

Resp. (1) Quin contra nullibi dicitur reſcindi teſtamentum per petitionem hæreditatis. (2) Ideo id non dicitur, quia nominatur prima actio, & id ſufficit, cum per ſe pateat alteram jungi & cumulari. Quia (3) reſciſſo teſtamento ſua natura controverſia non ſupereſt, cum appareat regulariter quis ſit hæres; *l. 8. § p. h.* ſcil. filii, & deinde parentes &c. de quibus fere conſtat. (4) Imo dicitur in *l. 6. §. 2. l. 19. Ceterum l. 17. pr. h. Paul. 4. ſent. 5. Add. l. 15. §. 2. h.* ubi is, qui inofficioſum dicere poteſt, hæreditatem petere non prohibetur.

Obj. (2) Argumentum a querela inofficioſæ donationis deſumtum, ubi una ſaltem actio eſt.

Resp. Ibi non actio repetitur, ſed res, quo caſu una actio ſufficit. *Vid. tit. quod met. cauſ. q. 3. in pr.* ſed & ibi tantum pro parte fit reſciſſio, hic totius negotii.

Obj. (3) *L. 21. §. 2. l. 27 §. 3. l. 8. ʃ. 8. h. l. 14. hær. quæ ab int.* ubi dicitur *evinci* & *peti* hæreditas per querelam inofficioſi teſtamenti.

Resp. Recte dicitur *peti* hæreditas per querelam inofficioſi teſtamenti, (α) quia eſt cauſa ejus remota & mediata, hæreditas enim petitur per querelam, tanquam per actionem mediatam & præparatoriam ad evincendum: (β) quia aliquando reſciſſo teſtamento nulla amplius quæſtio eſt de hæreditate; uti ſi nemo litem amplius moveat; eodem modo uti in actione ad exhibendum ſtatim

tim recipimus rem noſtram, & v. gr. gemmam. *L. 6. ad exhib.* neque tamen actio ad exhibendum eſt rei vindicatio: (γ) intelligitur querela quaſi in concreto, quatenus eodem libello ſimul cumulatur petitio hæreditatis; & quatenus ſimul petitur teſtamentum reſcindi; & hæreditas reſtitui. Quo tamen non confunduntur actiones, ſed conjunguntur, altera enim eſt formula querelæ: altera petitionis hæreditatis.

Novam ſententiam hac in re tuetur. *B. Pagenſtecherus:* ſcil. Teſtamentum certo reſpectu ſaltem nullum dici, & hactenus, ut hæreditas, ab inteſtato peti poſſit; Atque hunc in finem teſtamentum a non integræ mentis homine conditum reputari; at, quia teſtamentum quoad cætera, alio iterum reſpectu, validum firmumque eſt, non quidem ordinariam ac generalem petitionem hæreditatis dari, ſed (extraordinario hoc nullitatis caſu) extraordinariam atque irregularem, querelam ſcil. inofficioſi teſtamenti, quæ & teſtamentum, cæterum validum, reſcinderet, & ſimul hæreditatem ab inteſtato vindicaret.

Nova hæc ſententia id vult; querelam inofficioſi eſſe ipſam petitionem hæreditatis ſed extraordinariam; At nulla ratione ea mihi probatur. Nam (1) diſerte dicitur in *l. 17. pr. inoff. teſt. & l. 25. §. 1. h.* reſcindi teſtamentum, ſi autem ipſo jure nullum eſt, non opus eſſet reſciſſione. Sed & (2) expreſſis verbis dicitur in *pr. Inſt. h. & l. 2. ff. h.* Recte eum feciſſe teſtamentum: Unde etiam (3) opponitur hoc teſtamentum ei, quod a furioſo factum eſt, ut ſcil. *illud* recte factum reſcindatur, *hoc* vero ipſo jure nullum ſit. *dd. ll.* Neque his obſtat ratio, quod quaſi a furioſo factum videatur, indeque hactenus teſtamenti factionem non habuiſſe credatur: *d. ll. junct. l. 17. ſ. 1. h.* Reſp. fictus hic furor eſt cauſa, cur reſcindatur teſtamentum, non vero ideo nullum eſt teſtamentum, uti id tum ex verbis *d. pr.* ibi: *recte eum feciſſe teſtamentum*, apparet, tum vero ex illa oppoſitione, qua teſtamentum nullum tunc demum declaratur, cum vere furioſus fecit. *d. pr.* Cum ergo totum teſtamentum valeat, neque ulla ratione nullum dici poſſit, ſponte ſequitur, non eſſe hic caſum extraordinarium nullitatis, adeoque nec hactenus querelam hanc ab inteſtato dari, nullamque proinde petitionem hæreditatis extraordinariam fingi poſſe.

Atque noſtram ſententiam, duplex ſcil. hic eſſe remedium, communem eſſe ait *Brunn. in auth. non licet n. 17. C. lib. præt.* (ubi rejicit *Fach. l. 4. q. 9.*) eamque praxi obſervari probat *B. Par. d. Diſp. Sect. 4. §. f.* Conf. *Schilt. ff. h. th. 7. Thomaſ. ad Huber. prælect. part. 2. L. 4. t. 2. ſ. 4.* eamque præjudicio confirmat *Huber. ibid.* Equidem neceſſarium præciſe non eſt, ut decretum reſcindendi præcedat, ſed judex ſtatim reſtitutionem injungere poteſt, quia tum ſupponitur & implicite continetur reſciſſio. *B. Par. in Diſp. de Cum. pet. & poſſ. ſ. 13.* optime *Dn. Stryk. U. M. tit. Quod met. C. ſ. 6. Conf. ſup. tit. 2. l. 4. q. 9.*

Quæ vero utilitas inde in foro? nullam putant *Bachov. ff. h. rubr. de mod. conced. restit. pag. 951. & Dn. Stryk. U. M. h. §. 5.* Sed late hujus rei utilitas patet. Nam si est hæreditatis petitio, erit realis, dabitur hæredibus, & contra omnes qui pro hærede vel possessore possident, etsi scripti hæredes non sint, 30. annis finietur, &c. Quæ omnia secus sunt, si est separatum remedium. *B. Par. in dict. Disp. de divers. jud. rescind. & rescis.*

Qv. III. *In quonam ratio illa furoris consistat, & an bodieque boc colore furoris opus sit?*

Laut. p. 106. verb. veluti a demente &c.

B. *Parens* historiam exhæredationis singulari disputatione exposuit, quam inscribit. *Quæ sit genuina resolutio controversiæ circa causas exhæredationis liberorum:* Postquam enim exposuit legibus XII. tabb. Parenti jus in vitam & bona liberorum competiisse, eoque magis jus sua bona liberis adimendi, simul addit, primo legibus sequentibus Furii, Voconii, & Falcidii restrictam fuisse facultatem indefinitam, *d. l. §. 1. & seq.* & tum porro ita pergit: Atque ita lege primum intra justum æquitatis utilitatisque modum coërcita est infinita ista potestas, omnibus in genere testatoribus initio concessa legandi, legatisque exhauriendi universam hæreditatem, consultumque optime cum hæredibus, tum ipsi testatori, ejusque ultimæ voluntati. Nam & inhumanum videbatur, hæredi & familiæ successori gratis imponere talia onera, quæ hæreditatem, alias etiam non damnosam, comitantur, solvendo ære alieno, defuncti litibus inde motis excipiendis & peragendis, omnique ultima voluntate curanda & exequenda, cum hæres sit negotiorum hæreditariorum gestor, & voluntatis executor & præterea omninosum id ipsi testatori, ejusque ultimæ voluntati, quam deserto testamento, & hærede gratis adire merito detrectante, in universum currere necesse est; cum & testator non consulto, sed spe, plus esse in facultatibus suis, quam revera est, tam prodige legasse credatur, §. 3. *Qui & quib. ex caus. manum.* & denique ipsis legatariis cæterisque, quibus relicta sunt, exitiosum, quia cum testamento omnia intercidunt. Quibus omnibus, hac lege, dexterrime ita provisum est, ut nec hæres jure queri possit, congruo satis operæ pretio mactatus, omni ære alieno autem detracto, nec ultima voluntas votumque ipsum testatoris periclitetur; nec ipsi legatarii beneficiis testatoris excidant; atque adeo, ut in omnium potius favorem, quam necem interpretatio concilietur. Alterum ex mente Pomponii, & longe sanctius remedium est JCtorum, quo injuriis & impietatibus parentum & liberorum mutuis obviam itum, cautumque, ne illi invicem contra officium pietatis & sanctissimum illum naturæ instinctum furore quodam impio & concessæ potestatis effrenis abusu, ab hæreditate sua excludere possint. Verum, id inprimis difficile didebatur, cum potestatem eam latissimam ex lege haberent, quam JCti interpretari potuerunt, non abrogare. Igitur

tur in id incubuerunt, ut quod legislatoria autoritate non poterant interpretandi solertia efficerent. Videamus igitur, quam viam ingressi fuerint. Inprimis scil. constabat, lege XII. Tabul. potestatem illam legandi infinitam patrisam, & homini sanæ mentis concessam fuisse, *arg. l. 43. pr.* ib. *homini sanæ mentis, de Vulg. Subst.* Fuit autem sanæ hominum menti a natura maxime insculptum, illud studium votumque prospiciendi sibi & suis, id est liberis, ceu visceribus suis, quorum illi sunt portio, *l. 1. §. 1. de Vent. inspiciend.* Cum igitur cujusque rei sanitas sit habitus ille, quem natura illi ad ejus usum & conservationem impressit: & e contrario vitium, habitus ille, qui contra naturam inest, & istum naturæ usum ac finem pervertit; *arg. L. 1. §. 7. de Ædil. Ed.* fatendum est, cum humanæ mentis sanitate non magis conciliari posse votum parentum, & liberorum invicem perdendi & nocendi quam intelligendi impotentiam. Utrumque æque pugnat cum sana mente, cui hæc duo maxime natura congenuit, usum intellectus & votum providentiæ conservandi sui suorumque. Evidentius id apparebit expendenti, gemina potestate constare hominum mentem intelligendi & volendi. Voluntatis autem ea natura est, ut homo sibi consultum suumque bonum velit: quemadmodum intellectus, ut illud discernere possit. Quodsi igitur deficiat vel naturalis potentia intellectus, vel naturale hoc voluntatis votum, sana mens non videbitur, sed utrumque æque mentis vitium nisi quod alterum sit naturale, quia est in intellectu; alterum morale, quia in voluntate: utrumque habitus vitiosus; alterum naturalis, seu intellectus; alterum moralis, seu voluntatis. Unde, ad illius imitationem, hoc quoque furor in jure dicitur, & utrumque est vitiatæ mentis quidam morbus & aberratio; uti alterum in intellectu, ita alterum in voluntate: & alter adeo habitus vitiosus intellectus; alter voluntatis: ille furor & morbus naturalis, hic moralis; vitiatæ uterque mentis. Itane vero, inquies, hac ratione relegabis ex hominum vita omnem sanam mentem, ipsamque rationem ex anima rationali? cum constet, omnium mentes hac peste hereditaria infectas, atque ab insolita origini ista labe corruptas & vitiatas esse? Minime gentium! Etenim animadvertendum est, præsentem humanæ conditionis statum, qualis ab originaria corruptione est, nunc esse communem hominum naturam, eamque, qualis nunc in commune est, pro regula ac norma juris ac legum habendam. Leges enim hoc statu non exiguntur, nec possunt exigi ad modum summæ illius perfectionis, quæ fuit in primævo illo statu integro & prope divino: quales servari nunc leges non possent, adeoque frustra ferrentur & nec exitum haberent, nec sine pernicie humani generis earum fieri executio posset. Leges igitur, quæ feruntur, non primævo illi hominum generi, sed præsenti; non in statu integritatis, sed infirmitatis, ex præsentis naturæ rationibus censeri, & quales servari nunc possunt, sive, ut Grotius eleganter & sæpius loquitur, ad sensum humanæ imbecillitatis referri debent. Et hoc ita attenditur

tur

tur in omni jure communi, ubi officium boni viri seu boni patrisfamilias, non exigitur ad gradum summæ perfectionis, sed ad medium redigitur, seu ad illum modum, quo isti patresfam. qui in præsenti statu frugi habentur, quid gerere solent. Neque ab hominibus nunc requiritur exactissima illa diligentia, qualem integra natura deposceret, sed media, seu qualis esse eorum solet, qui hodie diligentium numero censentur. Neque culpa intelligitur, quæ ex rigore perfectæ illius naturæ imputari posset, sed pariter gradus ejus medius, cum actus hominis deficit ab illo boni patrisfam. ejusque officii modo, quem jam descripsimus. *vid. Dn. Præs. Collat. Jur. n. 5. Tom. 1.* Ut ita jura ac leges adtemperentur perpetuo ad præsentem humani generis, tanquam ad suæ civitatis, cui & in qua feruntur, statum, sensum ac modum. Inprimis vero illud in hanc rem eximium est, quod in jure ipsum vitii nomen non aliter accipitur & describitur, quam ex rationibus & modo præsentis hominum ac rerum naturæ conditionisque communis; ut vitium commune generis pro natura non pro vitio habeatur. In toto enim jure vitium definitur, quod contra naturam generis fit, non quod generi commune est. Quemadmodum nociva illa bestiarum feritas & lædendi pruritus, in mansuetis vitium est, in feris natura: quia harum generi, illis, contra naturam generis inest, & in mansuetis assumta vitio ferocia; in reliquis, hoc rerum statu, congenita, & inde naturalis feritas dicitur in *l. 1. §. 10. ff. si quadr. pauper.* Pari ratione, corruptio illa hominum universalis, quæ a primo eorum, a quo sanguinem ducimus, fatali lapsu oritur, cum totum humanum genus contagione infecerit & pervaserit, in generis naturam abit, & in eo statu communi sanæ sunt, & intelliguntur hominum mentes, etsi a prima ista perfectione & integritate degeneraverint, & cum ipsa intellectus acies hebetata, tum voluntatis innocentia depravata fuerit. Unde non habetur nunc pro vitio, si quis nesciat, quod non nisi sapientissimi intelligunt: modo non ignoret, quod homines prudentes communiter sciunt: nec pro negligentia seu culpa, si non caveant, quod diligentissimi tantum patresfam. cavere & providere possunt ac solent, si ab ea cura & diligentia non desciscant, qua uti in suis illi solent, qui vulgo & communiter patresfam. frugi & diligentes intelliguntur. Quin in quibusdam adhuc moderatius agunt leges, & ab hoc fonte quoque plurimum remittunt, si aliquam naturæ adhuc imbecillioris imaginem & singularioris generis indolem, minus maturam invenerint, ut in rusticis, fœminis &c. in quibus universalis istius normæ, quæ communem totius generis naturam respicit & sequitur, rigorem, pro modo infirmitatis seu rusticitatis suæ communis temperant. Prout divina illa juris Romani prudentia admirando judicio ac sagacitate, & incredibili dexteritate, & hæc & cætera jura, non ad populi Rom. saltem usum, quod jus civile est, sed ad communes Gentium rationes, humanique generis vires & facultates explorarunt & definiverunt: Etsi id sæpe non videatur iis, qui in hos

hos ejus aditus non penetrarunt, vel finus ejus receſſusque non excuſſerunt. Nihil igitur huc facit, quæ ſit communis hodie mentis humanæ indoles: illa enim qualis qualis ſit, regula & norma legum ferendarum erit legislatori: Nec quicquam cum ea commune habet naturalis illa στοργὴ, ſeu mutuus iſte affectus, quem natura integra expreſſit atque exſculpſit in parentum & liberorum animis: ille enim etiamnunc generi ineſt, in eo viget, vivit, fervet, agitatur & vegetat: & hodie vis ac virtus & vinculum generis eſt. Quin adeo non deficit ab origine ſua, ut & nimius ſæpe videatur, atque exceſſu peccet. Denique non hominum ſaltem, ſed omni animantium generi ſpiritus iſte ac ſenſus inſidet, tanta vi, ut feræ & beſtiæ, ſæpe vincant ſtudii hujus ardore affectum hominum. Quodſi ergo inter homines inveniantur parentes & liberi, qui ad hunc naturæ ſtimulum obtorpuerunt, & ad ejus ſenſum obſurdeſcunt, nedum qui eum ferali odio commutant, aut irarum furiis mutuo exardeſcunt, ut poſt mortem quoque excludere invicem ab hæreditate ſua non dubitent, non eſt iſte humani generis, affectus, nec generis vitium, ſed contra naturam humani generis quin contra omnium animantium & beſtiarum, non tantum hominum generis naturam: nec id commune votum parentum, ſed communis deteſtatio. Merita itaque & juſta ratione autores juris Romani talem affectum invicem excludendi ab hæreditate ſua inter parentes & liberos, non pro ſanæ mentis ſenſu, ſed pro mentis vitio, & quodam quaſi furore habuerunt, aut furori æquipararunt: quia hoc votum, ſe ſuosque conſervandi, non minus Natura ſanæ voluntati impreſſit, quam facultatem intelligendi ſano intellectui. Non minus ergo illius ſtimulo excuſſo, quam hac extincta, vitium id mentis eſt, quo illa non tantum ab humanitate, ſed & a feritate degenerat, quæ nec in belluis hunc affectum, & naturæ motum delevit, vel fregit. Neque turbet, quod in jure quoque negatur eſſe vere furor, & hunc colorem ſaltem eſſe aſſeritur. *pr. de inoff. Teſtam. L. 2. L. 5. §. fin. ff. eod.* Id enim plane certum eſt, quia furor, ut dictum, eſt morbus naturalis & habitus vitioſus intellectus; qui omnem conſenſum, adeoque & omnem agendi facultatem tollit: *d. L. 2. in f.* ſed alterum hoc vitium eſt morale, ſeu habitus vitioſus voluntatis, qui eam totam non perimit, ſed actum ſaltem ex eo vitio natum; & hactenus imitatur furorem. Par exemplum eſt in prodigo, quod ſimiliter eſt vitium mentis morale ſeu habitus vitioſus voluntatis. Unde & prodigus pariter comparatur furioſo, *L. 40. de R. J.* ſed tantum quoad actus, qui ex hoc vitio proficiſcuntur, ſcil. cum res ſuas profundunt, non quatenus frugaliter, vel ſaltem præter vitium ſuum mentis, quid geſſit. *L. 6. de Verb. Obl.* Cum enim varii ſint in hominum animis motus & affectus, & alii eorum vitioſi eſſe poſſint, alii recti & probi, illi actus ſoli vitiantur, & furoris imaginem referunt, qui ex vitio fiunt & ex habitu illo vitioſo fluunt; at utile per inutile non vitiatur. *L. 1. §. 5. de V. O.*

Tale vitium mentis morale quoque eſt, quod proſtravit illum mutuæ pietatis ſenſum ac radium, quem Natura animis parentum ac liberorum ingeneravit, & mirifica providentia accendit. Sive igitur illud furorem dixeris, ſive aliter, eſt omnino vitium ſanæ mentis, & deteſtabilis contra naturam univerſi generis, cum hominum, tum animantium, vitiatæ mentis rabies, ipſisque infeſtiſſimis belluis infeſtior immanitas. Hæc igitur cauſa, hæc certa ratio valet & ſufficit adverſus exhæredationes parentum & liberorum mutuas, quippe non a ſano naturæ ſenſu, ſed mentis vitio, atque adeo a quodam quaſi furore profectas. Qua ratione jam nec reſiſtit, nec periclitatur Legis XII. Tabul. autoritas, & per eam permiſſa libera legandi & teſtandi poteſtas: hæc enim, cum ſit ſanæ mentis facultas, eam excludit hoc mentis vitium, ut non minus irritæ videantur exhæredationes iſtæ, quam ſi a furioſo factæ fuiſſent. Neque ad id vel Magiſtratus poteſtate legislatoria opus fuit vel abrogatione legis. Rem omnem confecit juſtæ interpretationis ſolertia; qua factum, ut exhæredationes iſtæ vitioſæ ſublatæ, nec fines tamen legis moti, nec Magiſtratus, aut legis auxilio opus fuerit. Cæterum patet hinc primo, plurimum intereſſe tamen inter verum furorem, & inter vitium hoc mentis, quod hactenus delineatum eſt. Verus furor ipſum fontem rationis, atque adeo omne principium rerum agendarum extinguit; unde furioſus nihil agere poteſt; & nullum negotium gerere. *L. 1. §. 12. de Obl. & act. l. 70. ʃ. 4. de fidej. l. 5. de R. J. §. 8. de inut. Stip.* Sed hoc vitium mentis morale, teſtamenta tantum & exhæredationes ac inſtitutiones inofficioſas, eaque, quæ ex hujus vitii capite manarunt, expugnat; cætera omnia fieri, eo non obſtante, poſſunt, omniaque, rite alias geſta, rata ac valida ſunt: uti & ea, quæ prodigus geſſit, niſi ex invitiato illo fonte profluxerint atque proceſſerint, ut dictum. Hinc & alia quam plurima fluunt quaſi conſectaria. Nam & hoc ipſum teſtamentum valet, & ipſo jure ſubſiſtit, ſed ex cauſa hujus vitii reſcinditur, mota querela inofficioſi teſtamenti. *pr. de inoff. teſt. l. 2. & 5. ff. eod.* Hinc porro, licet teſtamentum tanquam furioſi, totum olim irritatum fuerit, *l. 13. in fin. eod.* non tamen obſtat, quo minus & ipſum teſtamentum & omnia ejus capita ſubſiſtere poſſint, illa ſola, quæ ex vitio facta eſt, ſcil. inofficioſa exhæredatione deſtructa. Hinc porro ipſa quoque exhæredatio valet, ſi non ex vitio mentis, de quo dictum eſt, ſed prudenti conſilio, nec impie facta ſit: uti, ſi teſtator bona mente filium obæratum exhæredaverit, liberis ejus inſtitutis, ne creditores filii hæreditatem auferant. Idemque eſt, ſi ex aliis juſtis & probabilibus cauſis facta ſit exhæredatio, & vel filii in parentes ingrati, vel parentes in filios impii, eam ut inofficioſi meruerint.

Hinc jam apparet, colore illo omnino hodieque opus eſſe. Hic enim color fundamentum eſt querelæ, quippe qua is, qui a legitima, ſive portione natura-

turaliter ſibi debita, excluſus eſt, queritur, ſe immerentem, tanquam a furioſo, i. e. tanquam ab eo, qui contra naturam aliquid vult, adeoque in voluntate altera mentis parte furit, excluſum eſſe. *pr. Inſt. h. l. 2. l. 5. § 1. l. 13. in f. h. t.* Neque ulla ratio eſt, cur hoc fundamentum ſublatum dicamus. Quin (2) dum Imperator querelam confirmat, id potius eum cum ſua cauſa & origine feciſſe dicendum eſt; *Vinn. pr. h. t. n. 8.* Nec (3) correctio illa ullibi apparet, quod ergo mutatum non eſt, cur ſtare prohiberetur. *L. 27. C. teſtam.*

DISSENTIT *Struv. h. §. 3. ibique Evol.* & putat colore illo opus non eſſe, poſtquam per ipſius Imperatoris conſtitutionem *in Nov. 115.* laxa illa poteſtas teſtandi (quæ anſam illi colori dedit,) coarctata eſt.

RESP. Anſam huic colori non dedit laxa illa teſtandi poteſtas, ſed vitioſa voluntas teſtatoris, filium &c. a portione naturaliter debita excludentis: *pr. Inſt. h. l. 2. l. 5. § 1. l. 13. in fin. h. t. Vide omnino infra tit. de Lib. & poſth. hær. inſt.* Eadem vitioſa voluntas, etiam poſt Novellam CXV. cauſa eſt, ob quam reſcinditur teſtamentum, nam adhuc queritur exhæredatus ſe a portione naturaliter ſibi debita immerentem, absque juſta cauſa, (adeoque tanquam a furioſo, i. e. tanquam ab eo, qui contra naturam aliquid vult) excluſum eſſe: Color ergo furoris, qui in vitio voluntatis conſiſtit, hodieque ſupponi debet.

Qv. IV. *Quid interſit inter præteritionem & exhæredationem?*

RESP. *Exhæredatio* eſt nominatim facta excluſio ab hæreditate, & fit fere hac formula: *Filius meus exhæres eſto: Præteritio* vero fit ſilentio, quando ſcil. nulla inſtitutionis vel exhæredationis fit mentio in teſtamento. *pr. Inſt. Exhær. lib.* (2) Exhæredare pater filium poterat, non vero præterire; Secus ac in matre, quæ ſilentio præterire filium poteſt. *d. pr.* (3) Filio licet injuſte exhæredato, valet teſtamentum, at eo præterito, licet ex juſtiſſima cauſa, nullum eſt; Unde (4) priori caſu reſcinditur teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti, poſteriori caſu datur querela nullitatis, quæ remedia (5) in plurimis differunt, illa enim durat 5. hæc 30. annis, illa non datur hæredibus, hæc datur &c.

Ex quibus omnibus ſatis apparet, quantopere interſit, an aliquis pro exhæredato, an pro præterito haberi debeat.

Has differentias Jure novellarum non eſſe ſublatas merito affirmat *Laut. h. Franzk. Exc. 6. q. 3. Coccej. Hyp. Inſt. de Exhær. lib. §. 1. & 3.* Licet enim Doctores communiter putent, per diſpoſitionem generalem *Novellæ 115. c. 3. pr.* tam patri, quam matri, filios prætereundi vel exhæredandi poteſtatem concedi, textum tamen intuenti facile conſtabit, loqui Imperatorem ſecundum juris intellectum, indeque præteritionem ad matrem, exhæredationem vero ad pa-

trem reſtringendam eſſe; ita ut ſenſus ſit, neque patrem exhæredare, neque matrem præterire filium poſſe, niſi addita cauſa, cum enim alii ſint parentes paterni, alii materni, prædicata hæc referuntur ad ſubjecta, quibus ex juris ratione conveniunt, de quo vid. *qu. ſeq.*

Manet ergo hodieque differentia (1) Quod ſola mater præterire poſſit, non pater. Ita ut (2) nec valeat hujus præteritio, licet in teſtamento ejus cauſam det: Fruſtra proinde confectum erit teſtamentum patris, ſi, neque inſtituto neque exhæredato filio, ſaltem teſtamento inferat: *Filius impias mihi intulit manus. Vid. q. ſeq.* At (3) In matre id ſufficit, ejus enim præteritio de jure valida eſt, & cum ſecundum formam *Nov. 115.* cauſa præteritionis inſerta ſit, nihil amplius deeſt. Hinc (4) Inſignis oritur effectus: Si enim pater filium præterit, licet inſerat cauſam teſtamento, tota diſpoſitio nulla erit, quia contra formam juris antiqui (quæ præciſe inſtitutionem vel exhæredationem nominatim factam requirit,) peccatur: Si vero mater præterit, non addita cauſa, corruit quidem teſtamentum quoad inſtitutionem, (deficit enim cauſa, quæ poſt Nov. 115. ad inſtitutionis eſſentiam requiritur. *d. Nov. c. 3. in fin.*) ſed reliqua capita, ſcilicet legata, ſubſtitutiones, &c. valent, quia hactenus ex jure antiquo teſtamentum ſubſiſtit; Indeque (5) contra præteritionem *patris* hodieque datur querela nullitatis, contra teſtamentum matris, in quo filius addita cauſa præteritus eſt, querela inofficioſi teſtamenti &c.

Qv. V. *An pater filium etiam hodie præterire poſſit?*

Patrem præterire filium ſilentio non poſſe, ſed vel inſtituere vel nominatim eum exhæredare debere, expreſſe conſtitutum eſt *pr. Inſt. Exhær. lib.* Quæ conſtitutio nullibi mutata apparet, ita, ut hodie quoque tale teſtamentum ipſo jure nullum reddatur. *Coccej. Hyp. Inſt. tit. de Exhæred. lib. §. 1.*

Obj. (1) *Nov. 115. c. 3. pr.* & inde deſumta *Auth. licet C. de lib. præt.* ibi: *Non licet parenti aliquem ex liberis exhæredare, vel præterire, niſi ingratitudinis cauſas nominatim inſerat teſtamento.* Inde jam concludunt Doctores, ergo parenti addita cauſa licere aliquem præterire. Sed jam in præcedenti quæſtione eſt dictum Novellam nihil hactenus mutare, ſed ſenſum ejus ex juris intellectu clarum eſſe, ita enim ait: *Sancimus igitur, non licere penitus Patri, vel matri, aut avo, vel aviæ &c. liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento &c. niſi ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento:* Apparet ex his verbis, mentem Imperatoris juri convenientem hanc eſſe, quod patri & avo non liceat exhæredare, uti nec matri & aviæ præterire liberos, niſi cauſa addita, hoc evidenter vel exinde probatur, quia in *d. Nov. c. 4. pr.* ubi de ſolis parentibus maternis agitur, tantum præteritionis mentio fit; Neque

que enim ibi opus fuit addere exhæredationem, quia ibi nulla eſt differentia, inter præteritionem vel exhæredationem, cum e contrario in reliquis capitibus, ubi etiam de paternis agitur, perpetuo jungatur vox *exhæredationis*.

OBJ. (2) diſſenſus omnium fere Doctorum, *ad dict. Nov. & ad d. Auth.* qui patris præteritionem pro valida *hodie* habent, modo addita ſit cauſa: Verum bene hic notandum eſt, omnes illos Doctores re nobiſcum ſentire, error ſaltem eſt in voce præteritionis: Omnes enim hunc ponunt caſum, ubi pater ait: *Prætereo filium meum, quia impias manus mihi intulit.* Hic equidem nec nos eorum ſententiam negamus; at, tum non eſt vera præteritio, hæc enim ſit ſilentio, *pr. Inſt. Exhær. lib.* adeoque ea ſupponit caſum, ubi pater nec inſtituit filium, nec eum exhæredat nominatim: Talis ſane præteritio non eſt, ſi expreſſe diſponit, quod filium prætereat; Sed tunc erit vera exhæredatio, quæ non demum hodie, ſed & jure digeſtorum valebat; neque enim certa formula exhæredandi in jure præſcripta apparet: *Vide q. præced.* ſi ergo pater nihil diſponit, ſed, prætereundo filium ſilentio, ſaltem inſerit teſtamento, *filius mihi impias intulit manus*, quæritur, an hæc præteritio hodie valeat, & nemo, quod ſciam, hoc hactenus aſſeruit: Uti nec illa præteritio valida erit, ſi ſcribat, *ſcelerato filio meo, qui manus impias mihi intulit*, *1000. do, lego:* nam nec hic eum inſtituit, nec nominatim exhæredem facit.

Hinc facile conſtat, falſum eſſe filio ſilentio præterito legata, fideicommiſſa, &c. ſubſiſtere, & ſolam inſtitutionem vitiari; nam totum teſtamentum tunc nullum eſt: *Vid. quæſt. præced. & l. 17. ff. injuſt. teſt.* At in altero genere præteritionis, ſi ſcil. pater ait *prætereo filium &c.* tantum abeſt legata non valere, ut ipſa quoque inſtitutio vim juris habeat, ſi cauſa addita ſit.

Varie Doctores de praxi ſentiunt; filio enim a patre præterito legata &c. ſubſiſtere ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 7. ibique Gail. 2. O. 113. n. 1. Carpz. p. 3. c. 9. def. 3. Copp. Obſ. 117. Brunn. 5. dec. 26. & ad Auth. ex cauſa C. lib. præt. n. 3. 4. 7.* At contrarium, & quod totum teſtamentum juxta diſpoſitionem juris civilis nullum ſit, defendit *Laut. comp. p. 107. Fab. C. l. 6. t. 9. def. 1. n. 6. B. Par. Hyp. Inſtit. tit. de exhær. §. 6.* Conf. *Dd. alleg. apud Dn. Stryk. U. M. h. d. §. 7. & apud Carpz. d. l.* Alii diſtinguunt an pater ſciverit eſſe ſibi filios vel uxorem prægnantem; an vero ignoraverit: Priori caſu inſtitutionem ſaltem vitiari, ſalvis legatis; *Carpz. & Gail. d. l.* poſteriori caſu totum teſtamentum evacuari ajunt. *Carpz. l. 6. Reſp. 10. n. 2. Gail. d. l.* In hoc proinde conflictu tutius eſt inſiſtere rationi juris civilis. Conf. *Guid. Pap. quæſt. 426. n. 3. & quæſt. 596. Papon. de arreſt l. 20. tit. 1. arr. 6. Chriſt. vol. 4. dec. 18. n. 4.* Conf. ea, quæ late diſſerui infra *tit. de injuſt. teſt.*

Qv. VI. *An mater liberos præterire possit. & an hæc præteritio hodieque sit pro exhæredatione, atque adeo an causa omissa testamentum nullum sit?*

RESP. Matrem liberos omnino præterire posse: *pr. Inst. Exhær lib.* Et hæc præteritio pro exhæredatione est, *§. f. Inst. dict. tit.* i. e. eundem effectum habet quem exhæredatio; Adeoque requiritur causæ adjectio; qua omissa testamentum ipso jure nullum est, ea vero addita testamentum valet, & datur querela inofficiosi testamenti &c.

Hodie quoque nihil hactenus mutatum apparet: Nam (1) textus in *§. f. Inst. Exhær. lib. l. 14. h. l. 4. ff. Lib. & posth.* nullibi abrogati sunt, (2) per *Nov. 115. c. 3. pr.* Ubi dicitur præterire posse filios (loquitur autem de matre, *vid. q. 4. & 5.*) si causa adjecta sit; illa ergo præteritio eundem effectum habet quem exhæredatio, quia non facit testamentum nullum. (3) Per *d. c 3. in f.* Ubi dicitur *his observatis*, scil. si præteritioni adjecta causa probata ab hærede fuerit, *testamentum nullo modo infirmari posse*, ergo idem juris est, quod in exhæredatione. Atque hinc (4) in *c. 4. pr.* Imperator non utitur voce *exhæredationis*, sed præteritionis, quia hæc ibi semper pro exhæredatione est: *uti* & in fine *d. c. 4.* promiscue sumuntur, ibi: *& hæ quidem exhæredationis aut præteritionis pœnæ &c.*

Cum ergo præteritio matris hodieque pro exhæredatione sit, necessario quoque idem quod in exhæredatione obtinebit. Hinc merito Justinianus, dum exhæredationem non nisi adjecta causa valere voluit, idem quoque in præteritione matris requirit, adeoque hodie mater præterire quidem filium potest, sed expressa causa ingratitudinis, vel allegando saltem impietatem, hoc modo: *Titius impias mihi intulit manus*, vel ita: *scelerato filio, qui impias mihi intulit manus, 100. do, lego.* Conf. *quæst. 4. & 5.* Causa hac omissa peccatur contra formam nova lege præscriptam, indeque testamentum non nisi quoad institutionem nullum est: *Vid. Mantz. test. val. & inval. l. 8. q. 2. n. 55. seq. Ludwel. ad § f. Exhær. lib. Struv. Ex. 32. th. 26. Clar. §. testam. qu. 47. Cocceji Hyp. Inst. h. t. de Exhær. lib. §. 4.* vid. *Harpr. ad §. f. Exhær. lib. n. 7. Brunn. ad l. 15. C. Inoff. test. Guid. Pap. dec. 416. n. 3. & dec. 596. Papon. de arr. l. 10. tit. 1. arr. 6. Christ. Vol. 4. dec. 18. n. 4.*

Dixi omissa causa committi tantum contra formam *Novellæ 115.* indeque solam institutionem vitiari; reliqua enim capita, ut legata, fideicommissa, substitutiones &c. salva manent, hæc enim subsistunt ex jure veteri, neque dispositio *d. Nov. 115.* quæ solam institutionem vitiat, ad legata &c. quæ ex jure antiquo valent, extendi potest. Atque ita expresse disponitur in *d. Nov. c. 3. in fin. si autem hæc observata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præjudicium generari,*

nerari, sed quantum ad institutionem hæredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato pervenire &c. si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis, quædam legata, vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes, relinqui, ea omnia jubemus adimpleri, & dari illis, quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.

Qv. VII. *An, si causa non est expressa, quæ continetur in Nov. 115. c. 3. testamentum sit ipso jure nullum, an vero per querelam rescindendum?*

RESP. Est ipso jure nullum: Neque querela hic applicari potest. Nam (1) qui querela agit, intendit se non fuisse ingratum, causam adjectam falsam esse, eoque se excludi non debuisse. *L. 2. l. 3. l. 5. §. 1. h. t.* sed causa non expressa, actor nihil horum intendit, neque causæ falsitatem arguit, sed tantum, causam in testamento non fuisse expressam; Ergo causa non expressa exclusus querela non agit.

Dissent. Laut. pag. 107. verb. *vel causa testamento non expressa.*

(2) Causa non expressa obtinebit actor, etsi dignus exhæredatione sit, adeoque etsi testator non fecerit contra officium pietatis: Atqui per querelam nunquam obtinebit actor si dignus exhæredatione sit, nec contra officium pietatis fecerit, uti essentia querelæ, & vox ipsa infert. Ergo causa non expressa non agitur per querelam inofficiosi &c.

Neque enim (3) causam exprimere vel non exprimere pertinet ad essentiam & qualitatem exhæredationis, sed ad ejus modum; querela autem non datur ratione modi, sed ratione ipsius essentiæ. Conf. *Struv. h. §. 15.*

Neque (4) officium pietatis consistit in causæ expressione, quæ per incuriam vel imperitiam omitti potuit, neque omissio expressionis ad impietatem pertinet; querela autem tantum propter impietatem datur.

(5) Filiof. præterito a patre testamentum est ipso jure nullum. *pr. Inst. Exhær. lib. l. 1. pr. l. 8. §. 2. Bon. poss. contr. tabb. l. f. C. lib. præt.* Causa non expressa filiusf. est præteritus, quia non est ut oportet exhæredatus: *§. 12. Hær. quæ ab int.* Ergo &c.

(6) Uti olim nominatim facta exhæredatio erat de solennitate absoluta, & de forma testamenti; adeo ut, si inter cæteros ea fieret, ipso jure nullum fuerit testamentum; ita pariter post *Nov. 115.* non inserta nominatim causa testamentum ob defectum hujus solennitatis, & formæ lege præscriptæ, ipso jure nullum est.

(7) Atque hæc sententia communi Dd. calculo probata est. *Struv. Ex. 10. th. 15. ibique late Dd.* & Praxi eam servari ait *Ex. 32. §. 32. Dn. Stryk. U. M. h. §.*

h. §. 2. ibique late Dd. Brunn. in auth. non licet &c. n. 17. C. lib. præt. Wesemb. ff. h. n. 7. Vinn. l. 2. Inst. t. 18. pr. n. 3. & 5.

OBJ. *Nov. 115. c. 3.* voc. *Evacuatio*, item, *voc. rescissum.* Et *Cap. 4.* voc. *rescisso.*

RESP. Voces hæ generales sunt, & significant omnem infirmationem, sive ipso jure fiat, sive effectu; & rescindi dici potest quod judex declarat non valere, *arg. l. ult. vers. Sancimus &c.* verb. *vel testamentum ipso jure evertat. Bach. ad Treutl. V. 1. D. 13. th. 1.* Conf. sup. *p. 303. Obj. 6. Struv. in evol. ad dict. th. 15. Dn. Stryk. d. l.*

OBJ. (2) Quod Justinianus in dicta *Nov. 115.* non constituat solennitates & ritum testamentorum, sed causas, ex quibus de justitia exhæredationis constet: Cum ergo causæ non ad solennitates, sed justitiam testamenti pertineant, earum omissio non videri potest reddere testamentum nullum, sed actor ejus justitiam impugnat, quod non nisi per querelam fieri potest.

RESP. Duo Justinianus noviter hic constituit, (1) ritum, certamque solennitatem, sub qua parentes liberos suos præterire vel exhæredare possint, (2) justas causas ingratitudinis: Nam ita ait *c. 3. pr. Sancimus ergo, non licere penitus patri vel matri &c. liberos præterire, aut exhæredes in suo testamento facere &c. nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento:* & tum transit ad recensionem justarum causarum, vers: *sed quia causa &c.* Adeoque omnino Justinianus certum ritum, & exhæredandi modum præscripsit, scil. ut causa & quidem nominatim, inseratur testamento, quo proinde neglecto nullum erit testamentum: Idque diserte ita traditur *d. c. 3. in fin.* ibi, *si autem hæc* (scil. si memoratas causas testamento non inseruit, vel scriptus hæres insertas non probaverit) *observata non fuerint, nullum exhæredatis præjudicium generari, sed quantum ad institutionem testamento evacuato ad parentum hæreditatem liberos ab intestato pervenire &c.*

INSTANT, hanc insertionem causæ & nominatim factam expressionem, non ad solennitatem requiri, sed ad probationem, ut constet facilius de justitia causæ &c.

RESP. Imo ad solennitatem negotii pertinere ex *d. c. 3. in fin.* apparet, ubi expresse dicitur, quod ea non observata testamentum nullum sit.

OBJ. (3) Quod, si liberi non adjecta causa exhæredati repudiarent hæreditatem, & testamento ipso jure nullo ab intestato succederetur, illa constitutio proficeret hæredi extraneo, contra intentionem Justiniani, qui saltem filio exhæredato prospicere voluit: Sed bene

RESPONDET *Struv. in Evol. ad d. §. 15.* Quod agnoscente filio voluntа-

luntatem paternam testamentum subsistat, quippe cúm illud non absolute nullum sit, sed solum respectu filii non recte exhæredati.

Obj. (4) Duos jure veteri fuisse exhæredationis effectus, (1) quod intrinsecam testamenti solennitatem constitueret, (2) quod filius ab hæreditate summoveretur; circa prius nihil mutat Imperator, sed tantum circa posterius, scil. requirendo justam summotionis causam; ergo *hodieque* videtur tota testamenti solennitas salva, etsi non adjecta causa.

Resp. Imo circa prius quoque aliquid mutari, & causam nominatim insertam ad solennitatem & ritum exhæredandi requiri, jam ante demonstratum est.

Obj. (5) Quod liberis emancipatis præteritis testamentum valeat, & saltem bonorum possessio contra tabulas detur, *tit. ff. de bon. poss. c. tab.* adeoque causæ omissio non reddat testamentum nullum.

Resp. Verum est, quod ante *Nov. 115.* præteriti solum bonorum possessionem habuerint, sed post *Nov. 115.* præterea querelam nullitatis acceperunt, quæ invicem non pugnant.

Insto: Quod Justiniani voluntas abrogandæ bonorum possessionis ex *d. Nov.* non appareat.

Resp. Nec ille abrogat bonorum possessionem, sed cumulat cum ea querelam nullitatis, ita ut in arbitrio præteriti sit utram instituere velit.

Obj. (6) Quod posthumo exhæredato (hoc autem semper fit sine causa, cum in iis ingratitudo concipi non possit,) testamentum valeat, & querela inofficiosi testamenti detur, *§. 2. Inst. h. t.* certo indicio, ob non insertam causam testamentum nullum non reddi.

Resp. Eo tempore verum testamentum ob non insertam causam nullum haut fuisse, sed postquam per *Nov. 115.* constitutum fuit, ut causa præcise insereretur, ejus omissio testamentum nullum reddit, indeque posthumus exhæredatus habet querelam nullitatis.

Insto: Hic quoque Imperatorem querelam inoff. test. non sustulisse.

Resp. Imo hoc ipso abrogat, dum testamentum tale in *Nov. 115.* nullum declarat, indeque querelam nullitatis concedit: hoc ipso, inquam, cessat querela, quia hæc non datur, si posthumus alio jure venire potest. *§. 2. Inst. inoff. test.*

Obj. (7) Quod idem jus obtineat in casu, quo nulla causa fuit adscripta, quod obtinet in casu, quo ab hærede probatio causæ insertæ exigitur; de utroque enim eadem est dispositio, *arg. Nov. 115. c. 3. in f.* vers: *Si hæc obser-*

vata &c. Atqui posteriori casu locus est querelæ inofficiosi testamenti, ergo & priori.

RESP. Falsa est consequentia, negatur enim idem in utroque casu jus esse, idemque juris remedium; Equidem utroque casu evacuato testamento hæreditas ab intestato ad liberos pervenit, at diverso modo, scil. causa non adscripta, ipso jure, ea vero non probata, per querelam inofficiosi testamenti.

Alias objectiones refert *Struv. in Evol. ad Ex. 32. th. 32.*

DISSENT. *Treutl. Vol. I. disp. 13. th. 1. lit. f. & vol. 2. disp. 11. th. 1. lit. h. Fach. l. 4. controv. c. 9. Zas. h. t. n. 10. seq.*

Sed an tanti interest, num testamentum sit ipso jure nullum, num rescindatur per querelam?

AFFIRM. Nam *nullitas* 30. annis finitur, *querela* inoff. testam. quinquennio. *Vigelius pr. Inst. h. t. n. 4. Illa* transit ad hæredes; *Querela* vero ad hæredes non transit, *l. 6. §. 2. h. &c. Priori* casu exclusus nullitatem probat, *posteriori* casu hæres scriptus ingratitudinem probare debet; *Illo* casu non perdit legata, *hoc* casu perdit &c. *l. 8 §. 14. h. Dn. Stryk. U. M. h. §. 2. 3. seq* sunt tamen casus, in quibus exhæredatio valet etiam non expressa causa, quos *vide* apud *Vigel. ad §. f. Inst. h. & Phil. Us. pr. Inst. l. 2. Ecl. 54. Struv. h §. 33.*

QV. VIII. *An testamentum, causa non adscripta, totum nullum sit, an vero valeat quoad legata?*

RESP. Valet quoad legata: per text. expr. in *N. 115. c. 3. in fin.* item *c. 4. in f.* Nam non circa formam juris veteris (quippe quod causam nominatim expressam non requirebat) peccat testator, sed contra formam Novellæ 115. quæ vero de sola institutione loquitur. Conf. *Sup quæst. & Stryk. U. M. h. §. 14.*

Atque hoc ita usu servari ait *Struv. Ex. 32. th. 32. & late Dd. apud Müller. ibid. lit. z. Clar. 3. sent. 8. Testam. q. 52. n. 1. Stryk. U. M. h. §. 6.*

DISSENT. *Vasq. Illustr. controv. c. 106. n. 13. Franzk. Ex. 6. q. 3. & late Dd. apud Müller. d. l.*

OBJ. (1) Ex eo quod ipso jure nullum est, nihil valere potest.

RESP. Testamentum non est ipso jure nullum, nisi quoad institutionem, reliqua, utpote ex jure veteri vim ac robur habentia, valent. *Vid. sup. q. 5.*

OBJ. (2) Quod legata non possint deberi nisi ex testamento, quod vero non est sine institutione hæredis. *§. 34. legat.* Cessante ergo institutione, adeoque fundamento testamenti, nec legata valere poterunt.

Resp. Vitiosa est institutio non absolute, sed saltem intuitu filii sine causa exhæredati, & in odium hæredis scripti; intuitu vero reliquorum, & v. g. legatariorum, salva manet institutio. Conf. *Struv. in Evol. ad dict. th. 32.* add. *d. q. 5.*

Obj. (3) Quod ita testamentum pro parte valeret, pro parte non valeret, contra regulam *l. 7. ff. Reg. Jur.*

Resp. Ex postfacto hoc omnino contingere potest. *l. 15. §. f. ff. h.* Conf. *Infr. quæst. 16. in f.*

Qu. IX. *An etiam ratione fratrum certæ causæ exhæredationis sint constitutæ?*

Communiter Doctores id putant, & tres causas enumerant; sed rectius negamus: (1) Quia in *Nov. 115.* ubi ex professo de iis causis agitur, nihil de fratribus, sed tantum de parentibus & liberis, & de modo eos exhæredandi disponitur. (2) Quia nullibi prohibitum erat præterire fratres, sed tantum turpem personam iis præferre, *l. 27. C. h. t.* hæc sola causa excipitur, nullibi alia. (3) Querela datur iis, quibus debetur legitima; Atqui fratribus non debetur legitima, nisi in unum casum institutæ turpis personæ; *d. l. 27.* ergo fratribus non datur querela, nisi eo solo casu, in reliquis omnibus præteriri possunt. (4) In *Nov. 115.* causæ exhæredationis non demum sunt inventæ, aut introductæ, sed definitæ saltem in personis, in quibus antea fuere; nullæ autem fuere in fratribus: (5) Si, res illæ causæ, quæ vulgo referuntur, veræ essent, deterior foret conditio parentum, quam fratrum; illi enim ex 8. causis a liberis, hi ex tribus saltem a fratribus exhæredari possent, quod absurdum esset.

Laut. pag. 107. verb. Ratione fratrum III.

Obj. (1) *Nov. 22. c. 47. & 46.*

Resp. Ibi non agitur de causis exhæredandi, sed de causis, ob quas frater ingratus a successione ab intestato, in qua cum matre concurrit, excludi potest, quæ dispositio sublata est per *Nov. 118.* Quod vero *d. Nov.* non definiat causas exhæredationis, hoc vel inde elicitur, quia longe post eam demum in liberis & parentibus definitæ sunt in *Nov. 115.* absurdissimum autem esset, prius in fratribus esse definitas, quam in parentibus.

Obj. (2) Exstare versiculos antiquos, in quibus causæ tres referuntur.

Resp. Sunt illi recentiores, & aperte juris dispositioni adversantur, indeque nihil probant.

Equidem praxi quorundam locorum error ille obtinuit, & fratres ex tribus tantum causis exhæredari posse ex *Nov. 22.* receptum est, *Struv. Ex. 10. th.*

 18. ibi-

18. *ibique Muller. l. E. ibique Dd. Franzk. ad ff. h. Chassan. Consf. Burg. tit. des. successionis* §. 2. *n.* 8. *Laut. h. p.* 107.

Qv. X. *An etiam ratione fratrum causæ exhæredationis sint exprimendæ?*

NEG. Nihil enim in dicta *Nov.* 115. ubi ex professo de iis causis agitur, & ubi recenter definitæ sunt, de fratribus, sed tantum de parentibus & liberis disponitur; (2) quia in fratribus nulla causa est jure definita, adeoque exprimi nec potest, nec debet; frater enim fratrem libere præterire potest. Equidem (3) in uno casu frater querelam habet, turpi scil. persona instituta, sed tunc non queritur, quod præteritus sit, sed quod turpis persona ei prælata sit, & hoc casu, sive causam alleget sive non, rescinditur testamentum per querelam. In reliquis casibus frater libere præterire potest fratrem, etsi nullam prætereundi causam habeat.

Hæc ita de jure, at cum praxi quorundam locorum invaluerit, ut fratres non possint exhæredari nisi ex tribus causis, *vid. q. praced. in f.* quæri potest, num illo casu exprimi causa debeat? Quod omnino negamus cum *Struvio Ex.* 10. *th.* 18. *ibique Dd. Müller. lit. e. & Dn. Stryk. h.* §. 5. *Hopp. ad Inst. p.* 419. Ex ante jam allegata ratione, quia tantum inter parentes, & liberos requiritur expressio causæ in *Nov.* 115. non autem in fratribus, de his enim nullibi id constitutum apparet.

OBJ. Quod certæ causæ, saltem moribus, sint definitæ in fratribus, eodem modo, ut in parentibus.

RESP. Non sequitur, certæ causæ moribus sunt definitæ, ergo sunt exprimendæ, nam cum lege hoc saltem in parentibus & liberis ita constitutum sit, mores inprimis correctorii ad fratres extendi non possunt.

Qv. XI. *An turpi persona a fratre instituta, totum testamentum nullum sit, an salva sint legata?*

Laut. pag. 108. *in fin. verb. Quod nec novo jure &c.*

RESP. Salva sunt legata, (1) quia fratris testamentum rescinditur per querelam, hæc vero saltem vitiat institutionem. *Struv.* §. 22. *h.* (2) ex necessaria consequentia, ne deterioris sit conditionis pater & filius quam frater; nam his non allegata causa exhæredatis non tollitur totum testamentum, nedum si frater præteritus est: summa ergo iniquitas esset, si fratribus liceret totum testamentum infringere, quod ne quidem parentibus vel filiis licitum, quorum jus utique potius est.

OBJ.

OBJ. Quod dicta *Nov. 115.* hunc modum rescindendi testamentum salvis legatis noviter introduxerit, nullam vero fratrum mentionem faciat, indeque ad hos extendi non possit.

RESP. Imo potest ex necessaria consequentia, uti ante dixi; nam ea quoque quæ strictam habent interpretationem, tamen extenduntur ad ea, quæ ex eadem ratione necessario aut fortius inferuntur, *l. 32. pr. Legib.* inprimis, si alias absurdus sequeretur intellectus. Ideo autem fratris mentio non fit, quia in *Nov. 115.* de iis personis agitur, in quibus causa exprimi debet, at in fratribus non opus est causæ allegatione, atque ita communiter Dd. sentiunt; *B. Par. Hyp. Inst. Tit. de Exhær. lib. §. 5. Struv. Ex. 10. th. 22.* Eamque sententiam communem, contrariam vero terribilem esse ait *Clar. §. testam. q. 52. n. 5. Peretz. c. h. n. 21. & 22.* eam in judicando tenendam ajunt *Dd. apud Stryk. U. M. h. §. 5.* Quamvis admodum dissentiant alii, *Hopp. Inst. p. 419. Clar. §. test. q. 50. n. 2. Gail. 2. O. 113. n. 7. & late Dd. apud Mull. ad Struv. d. l.*

QV. XII. *An turpi persona instituta rescindatur testamentum, si actor ipse quoque turpitudine laborat?*

NEG. Atque hinc carnifice hærede instituto, frater, qui etiam carnifex est, testamentum inofficiosum dicere nequit: (1) Quia mores, quos quis in sua persona probat, in alio improbare non potest. *l. 11. C. Inoff. test. l. 47. sol. matr.* (2) *arg. l. 11. C. Inoff. test.* Ubi pater potest privare hæreditate filium infamem, nisi ipse infamis sit. Atque hanc communem & foro receptam sententiam esse tradunt *Brunn. ad l. 11. C. h. Honded. V. 2. consult. 47. n. 12. Thesaur. dec. 126. n. 5. & late Dd. apud Müller. ad Struv. Ex. 10. n. 22.*

OBJ. *arg. l. 27. C. inoff. test. Nov. 22. c. 47.* Ubi nulla distinctio respectu fratris reperitur.

RESP. Fluit illa distinctio ex generalibus juris regulis.

DISSENT. *Struv. d. Ex. 10. th. 22.* & ad rationes nostras respondet, sed quæ affert, non tanti sunt, ut eas evertant, manet enim perpetuo ea ratio, quod non possit alii objicere mores & infamiam, qua ipse laborat.

NOT. (1) Pro turpi persona habetur etiam, quæ levis notæ macula aspersa est. *Laut. comp. pag. 107. Struv. h. §. 18.* Uti si instituitur (α) meretrix vel concubina, *arg. l. 41. §. 1. tit. nupt. Vinn. ad Inst. §. 1. h. n. 6* nisi vel stupratori vel alii honesto viro nupta sit, *Grat. tom. 1. Discept. c. 135. n. 17. Laut. Disp. de singul fratr. Jur. membr. 2. §. 15. arg. c. Tanta X. Qui fil. sunt legit.* Dissent. *Vinn. d. l.* (β) spurius, *Vinn. §. 1. h. n. 6. Phil. Us. pr. Inst. l. 2. Ecl. 70. n. 8. seq.* ubi hanc communem cameræ sententiam ait, & bis ita re-

ſponſum refert. Conf. *Mynſ. l. 4. O. 31. Carpz. p. 3. c. 10. def. 10. Müll. d. l.* (Diſſentiunt Dd. apud *Vinn. & Phil. dd. ll.*) licet ſint filii Epiſcopi. *Müller. ibid.*

Exc. (1) Si vel legitimati ſint, vel ad dignitatem propria virtute perveniant, vid. *ſup. pag. 268. q. 9.* atque ita judicatum referunt *Theſaur. dec. 126. n. 7. & dec. 127. Afflict. deciſ. 204. n. 5.* vel (2) ſpuria nobili & honeſto viro matrimonio ſit juncta, *arg. l. 8. ff. ſenat. Müller. d. l.* (γ) Huc porro referunt apoſtatas, concubinarios, aleatores, de vulnere aut violentia damnatos. *Müll. d. l.* (δ) Denique levis notæ maculam extendunt ad omnes viles & abjectas perſonas, ut excoriatores, carnifices, & alios, qui judicis arbitrio tales eſſe judicantur. *Gutier. Pract. l. 4. q. 73. n. 13.* Non vero pertinet (ε) ad expoſitos, die Fündlinge: Nam non præſumi debet turpitudo ſed probari. *Mull. d. l.*

Dissent. *Honded. d. conſult. n. 23.*

Not. (2) Definit hæc turpitudo, ſcil. facti, (nam juris infamia perpetua eſt, *Laut. dict. diſp. §. 16.*) quoties turpes perſonæ vitæ genus mutant, honeſtamque vitam ducunt. *Barboſ. ad l. 27. C. Inoff. teſt. Muller. d. l.*

Qv. XIII. *An præter cauſas exhæredandi in Nov. 115. comprehenſas, admittendæ ſint aliæ ſimiles vel majores?*

Laut. p. 307. verb. Quamvis ex mente.

Neg. (1) per *dict. Nov. 115. c. 3.* verb. *nominatim &c.* Majores autem cauſæ nominatim non ſunt expreſſæ, uti nec ſimiles, quin extenſio ad ſimilia ſemper opponitur ei, quod verbis & nominatim expreſſum eſt. (2) Alias in toto jure nulla eſſet diſtinctio inter id quod verbis legis expreſſum eſt, & quod ſententia ſive ratione, quæ tamen non niſi ad ſimilia pertinet, *l. 12. l. 13. l. 17. l. 29. l. 30. de Legibus.* (3) In judicando an quid ſimile ſit, rediret priſtina incertitudo & vagatio, quam tamen tollere voluit Imperator in *d. c. 3. pr.* Accedit (4) quod conſtitutiones pœnales & odioſæ reſtringendæ potius ſint quam extendendæ: Idque (5) ita traditur apud *Vigl. §. 5. Inſt. de Exhær. lib. Phil. Uſ. Pr. Inſt. l. 2. Ecl. 57. Ibique Dd. Treutl. h. §. 8. lit. c.*

Atque hinc exhæredari non poteſt filius, qui patrem morbo contagioſo correptum negligit, quia Novella tantum de negligente furioſum loquitur. Diſſent. *Franzk. ff. h. 78.* Idem quoque (2) dicendum eſt de eo, qui patrem non accuſavit ipſe, ſed tanquam teſtis tantum teſtimonium dixit. Diſſent. *Mull. ad Struv. h. §. 33.* Ita nec (3) filius Evangelicus ad pontificiam religionem tranſiens exhæredari poteſt, quia tantum in hæreticis id permittitur: Nec contra. *Phil. l. 2. Ecl. 58. n. 2. & 3. & 14 &c.*

Bene tamen hic notandum eſt, nominatim quoque expreſſas videri cauſas, quæ

quæ intellectu juris, vel ſaltem uſu ſermonis eædem ſunt; imprimis cum nomina generaliter ſunt expreſſa.

Atque hinc valet exhæredatio, ſi (1) filius non ipſe, ſed per alium accuſat, impias parenti infert manus &c. *Struv. d. §. 33.* ubi non ſufficit conatus, nec levatio manus, nec percuſſio fortuita &c. *Mull. ad Struv. d. l.* (2) Si teſtatorem prohibuit teſtari, non tantum ipſum impediendo, ſed & repellendo teſtes. *Mull. d. l.* (3) Qui non tantum cum maleficis in ſpecie ita dictis verſatur, ſed & qui cum latronibus, piratis &c. maleficii cauſa verſatur: huc quoque pertinent incantatores, & qui pactum cum diabolo ineunt, *Mull. d. l.* Ita (4) valet exhæredatio, ſi non tantum mimos in ſpecie ita dictos, ſed & quodlibet hiſtrionum genus ſequatur, *Mull. d. l.* his enim caſibus ſpecies pro genere ponitur: Denique & (4) exhæredari poteſt filia meretricio more vivens, etſi corpore quæſtum non faciat, ſed ex ſingulari amore luxuriet. Diſſentit *Muller. ad Struv. h. p. 702. lit. V.*

Obst. Ita perduelles non poſſe exhæredari, quod abſurdum eſſet.

Resp. (1) Imo cauſa hæc nominatim in *c. 3.* intellectu juris continetur, juſta enim ibi cauſa eſt, ſi patrem prodit, qui enim patriam prodit, ipſum quoque patrem prodere cenſetur. Sed & (2) nihil hic abſurdi eſſet, pater enim vindicat tantum injurias privatas, non publicas, id enim ad magiſtratum pertinet: Neque cauſæ aliæ ibi ſunt, quam ingratitudinis in teſtatorem, non criminum publicorum. *Phil. l. 2. Ecl. 57. n. 10. in f.* Atque hæc ratio eſt, cur Pater filium nec ob ſtuprum, nec ob adulterium, nec ob homicidium commiſſum, exhæredare poſſit. *Phil. d. Ecl. 57. n. 13.* quia non inferunt ingratitudinem.

In praxi admodum hæc quæſtio diſceptatur, & omnes cauſas ſimiles in foro admittunt *Struv. Ex. 32. §. 33. Laut. pag. 107. Vinn. pr. Inſt. Exhær. lib.* id quod contra textum expreſſum, & tot juris rationes aſſerere vix audemus; imprimis, cum omnia fere in contrarium prolata præjudicia cauſis in *cap. 5.* expreſſis vel intellectu juris, vel uſu ſermonis inſint. Unum vero vel alterum præjudicium contrarium generalem praxin non efficit.

Qu. XIV. *An poſthumis exhæredatis detur querela?*

Resp. Poſt *Novellam 115.* non dari; nam hæc cauſæ expreſſionem requirit, at in poſthumis cauſa ingratitudinis dari nequit:

Laut. pag. 107. verb. *natis & poſthumis.*

Exhæredatis vero ita liberis poſthumis ſola inſtitutio nulla eſt, quia juſta cauſa non eſt adjecta, adeoque peccatur in formam nota lege præſcriptam, v. d. *ſup. q. 4.* ſecus ergo eſt, ſi pater eos prætereat, tunc enim totum teſtamentum

etiam

etiam quoad legata corruit, quia jure antiquo quoque posthumus præteriri non potuit, indeque nullo jure testamentum subsistere potest. *d. q. 4.*

Doctores tamen volunt hodie legata &c. valere, etsi posthumi præteriti sint, modo sciverit pater uxorem esse prægnantem, idque passim, & inprimis in Electoratu Saxoniæ, observari ait *Carpz. p. 3. const. 9. def. 3. seq. & l. 6. Resp. 10. n. 2. Gail. 2. O. 113. Coccej. Hyp. Inst. tit. Exhær. lib. §. 6.* In dubio tutius insistitur juri civili. vid. *sup. q. 5.*

Qv. XV. *An victoria ejus, qui in querela obtinuit, etiam aliis prodesse possit?*

Laut. pag. 108. verb. Victoria tamen &c.

AFFIRMANT id *Laut. h. & Dd. comm.* apud *Mull. ad Struv h. §. 24.* & dicunt actori in querela vincenti adjudicari quidem ipsam hæreditatem, sed fieri tamen posse, ut ipse, cui tota hæreditas adjudicata est, vel nihil vel partem saltem consequatur, totam vero vel partem alter, cui nihil per sententiam adjudicatur, & hoc modo prodesse sententiam etiam aliis. *L. 6. §. 1. h. l. 19. l. 17. pr. h. t.* Hæc jam perpetua illa contradictio est, rem judicatam non prodesse victori, sed alii; Aliquem obtinere per querelam hæreditatem, & tamen nihil ex ea consequi; Conf. *sup. quæst. 2. in med. & Disp. B. Par. diversit. jud. resc. Sect. 4. §. 8. & 9.* quæ contradictio ex confusione duplicis remedii, judicii scil. rescindentis & rescissorii oritur, quo distincto tota res clare est.

Ita vero tenendum: Per querelam rescinditur testamentum, idque fit tantum a liberis, parentibus, & fratribus germanis. *§. 1. & 2. Inst. l. 27. C. h. t.* Hic ergo solus effectus querelæ est rescissio testamenti; quo rescisso causa fit intestati, i. e. succeditur ab intestato. *L. 6. §. 2. h.* Adeoque tunc demum petitio hæreditatis, novumque remedium, datur omnibus, qui ab intestato succedunt, quæ actio non tantum prædictis personis, sed & aliis, fratribus scil. consanguineis & uterinis, datur. *d. l. 6. l. 19. l. 17. pr. h. Dn. Stryk. U. M. h. §. 5.*

Atque hinc fieri potest, ut aliquis solus obtineat in querela, & tamen vel nihil, vel partem saltem hæreditatis consequatur; Ita (1) concurrente matre & fratre consanguineo, illa sola agit querela, *§. 1. inoff. test.* qua obtinente, hic solus succedit ab intestato. *d. l. 6. §. 1.* (mater enim ex SCt. Tertull. quod tum obtinuit, non successit, sed frater. *§. 3. Inst. de SC. Tertull.*) Conf. *Disp. de divers. judic. rescind. sect. 4. §. 8. & supr. q. 2.*

(2) Si pater & fratres germani concurrunt, soli patri datur querela, at per eum rescisso testamento, utrique petitio hæreditatis. *dict. sect. 4. §. 8.*

(3) Si frater consanguineus & uterinus concurrant, illi soli datur querela, qua rescisso testamento, utrique petitio hæreditatis.

(4) Si

(4) Si frater concurrat cum fratrum liberis, illi soli datur querela, at omnibus petitio hæreditatis.

At (5) cum germanus & consanguineus concurrunt, uterque quidem querelam habere videtur, instituta turpi persona; *l. 27. C. h.* quod & *Laut.* putat, sed quia existente germano, consanguinei ab intestato non succedunt, soli germani ad querelam admittuntur, nec consanguineus potest queri se inique exclusum esse, utpote cum nullum jus habeat. Quæ omnia compendiose exhibet *dict. dis. S. ult. §. 5.*

Has contradictiones alio modo conciliare vult *Struv. h. §. 24.* dum ait personas in prædictis casibus plane non concurrere ab intestato, additque rationem, quia leges suo ac speciali jure querelam certæ personæ proposuerunt, indeque non posse id aliis contra leges, quæ his non dant querelam, proficere, & ridiculum fore negare iis querelam, & tamen admittere ad successionem per querelam alterius; Sed cum hæc directo contrarientur dispositioni *Nov. 115.* & præterea omnis difficultas mediante differentia duplicis judicii sublata sit, non opus videtur violenta tali conciliatione.

Qv. XVI. *An per querelam testamentum totum rescindatur?*

AFFIRM. Nam regulariter quidem, si totum testamentum est inofficiosum, totum quoque rescinditur. *L. 13. h. 4.* Non est autem totum inofficiosum (1) quando plures hæredes instituti sunt, sed unus rite, reliqui non; tunc enim pro parte tantum querela datur contra eum, vel eos, qui non rite scripti sunt. *L. 15. ff. f. l. 23. ff. f. l. 24. l. 25. §. 1. h.* (2) Si unus quidem tantum institutus est, sed pro parte bene; uti si filius instituitur altero filio exhæredato, tunc etiam tantum pro parte, qua male scriptus est, rescinditur; *l. 19. h.* singulos vero casus recenset *Struv. h. §. 23.*

NOTANDUM autem est, multum interesse, an præteritus vindicet partem ideo, quod pro parte inique exclusus sit, an ideo, quod frater turpem personam pro parte instituerit: *Illo* casu filius capit partem, quam ab intestato habiturus esset, *d. l. 19. arg. l. 6. §. 1. h. hoc* casu frater tantum illam partem, quæ infami personæ relicta est.

Atque hinc si duo filii sunt, quorum unus in besse scriptus, alter vero exhæredatus est, instituto ejus loco extraneo in triente; tunc filius exhæredatus testamentum rescindit quoad semissem, quia hanc habiturus fuisset ab intestato; E contrario si frater inter 4. hæredes unum turpem instituit, rescinditur tantum quoad quartam partem.

Ratio differentiæ hæc est, quod priori casu filius agat contra omnes, ut-

pote cum ipsi in hoc, quod exclusus, injuria facta sit; posteriori casu frater non agit contra omnes, sed tantum contra turpem personam, neque ipsi injuria in eo fit, quod exclusus fuerit, sed quod infamis scriptus sit.

Idque ita de priori casu statuunt *Struv. h. §. 23. Scotan. Disp. 24. th. 12. Hillig. ad Don. l. 19. c. 4. tit. L. Laut. concl. for. Ex. 15. concl. 2.* eamque communem.

Obj. Quod ita testamentum pro parte valeret, & testator revera esset pro parte testatus, contra *l. 7. Reg. jur.*

Resp. Imo testator hic non pro parte, sed in solidum est testatus, quod sufficit, in illius enim persona hæreditas est individua, quia una est, nec decedit intestatus pro parte, quia testamentum tunc adhuc in solidum validum est: At hæc dispositio in solidum facta, potest ex postfacto pro parte rescindi, quia in horum personis est dividua, & quasi tot sunt hæreditates, quot hæredes. Nec hoc fit facto testatoris, qui non potest pro parte testari, sed legis, quæ pro parte rescindit.

Qv. XVII. *An successorium edictum in querela locum habeat?*

Præmittendum est: jure civili duplicem esse successionem (1) *Ordinum*, ut prius descendentes, tum ascendentes, & postea collaterales succedant. (2) *Graduum*, quæ est inter eos, qui sunt in eodem ordine.

Successio *ordinum* legibus 12. tabb. duplex tantum fuit, *suorum & agnatorum*, ita ut suis deficientibus, succederent agnati. Hactenus ergo omnis successio certa & indubia est ex ipsis legibus 12. tabb. Indeque negari non potest obtinere eandem in querela, ita, ut deficientibus suis in querela hæc devolvatur ad agnatos, nam cum querela sit remedium juris civilis, & a JCtis introductum, merito quoque in ea successio civilis obtinebit.

At in ipso ordine antiquitus nulla *graduum* erat successio, nec v. g. patre excluso avus, nec filio excluso nepos agebat, sed inspiciebatur tempus mortis, quis tum suus vel proximus agnatus fuerit, quo deficiente sequens gradus non admittebatur *§. 7 Hær. quæ ab int. §. 9. Leg. agn. Succ.* Prætor hæc mutavit, & non tantum tertium successionis ordinem, scil. cognatorum constituit, sed & in quovis ordine successionem graduum introduxit, ita ut priore deficiente sequens admitteretur. Quod est successorium edictum, & de hoc quæritur an in querela obtineat?

Quod negamus; (1) quia tantum in suis negotiis prætoriis hanc successionem introduxit, adeoque in bonorum possessione, *l. 1. pr. success. edict.* non in querela, quippe quæ æstimatur non ex jure prætorio, sed civili.

Insto,

INSTO, Succeſſorium edictum tamen obtinere in *Nov. 118.* adeoque in negotio civili.

RESP. Hoc eſt tum ideo, quia expreſſa lege id conſtitutum eſt, tum ideo, quia ſucceſſio eſt favorabilis, adeoque ad eam quidem edictum extendi poteſt, non ad querelam, quæ eſt odioſa.

(2) Quia querela eſt odioſa & inſtar injuriæ, quæ non tranſit in ullos hæredes, nedum in alios gradus. Atque ita (3) communiter Dd. ſentiunt, *Struv. h. §. 19. ibique Dd. Vinn. ad §. 1. Inſt. Inoff. teſt. & l. 1. ſel. quæſt. 20. Bach. ad Tr. h. §. 5.*

DISSENT. *Treutl. h. th. 5. lit. d.* aliique apud *Struv. d. l.*

OBJ. (1) *L. 1. §. 5. Conj. cum emanc.* ubi exhæredatus pro mortuo habetur, adeoque ei quidem non datur ſucceſſorium edictum, ſed nepos tamen proprio jure ſuccedere videtur.

RESP. Ratione eorum qui proprio jure ex alio ordine ſuccedunt, habetur pro mortuo, non vero ratione eorum qui proprio jure non ſuccedunt, uti nepos qui non niſi mediante patre ſuccedit; hic vero ad liberos non poteſt transmittere querelam, quia ipſe non habet.

OBJ. (2) *L. 31. pr. Inoff. teſt.* ubi ſucceſſioni locus eſt.

RESP. ordinis, *l. 14. h. t.*

OBJ. (3) *L. 3. §. 5. bon. poſſ. c. t.* Ubi filio emancipato (qui invito patre uxorem duxerat) præterito, nepoti ex ea nato datur bonorum poſſeſſio in bonis avi.

RESP. (1) Bonorum poſſeſſio contra tabb. quidem tranſit ad hæredes, at non querela, adeoque loquitur ille textus (2) non de filio exhæredato & qui querelam habet, ſed de præterito, qui tantum habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas.

OBJ. (4) Quod hæres non debeat luere delictum defuncti.

RESP. Defunctus excluditur a querela ob delictum, at nepos ideo quia ſuccedit in jus defuncti, qui quoad querelam nullum habebat.

OBJ. (5) *L. 34. pr. C. h.*

RESP. Loquitur de caſu, quo ob moram hæredis defunctus agere non poterat, tunc enim ſucceſſor defuncti eam adhuc intentare poteſt.

Qv. XVIII. *An, si plures ejusdem gradus inique exclusi sint, & unus querelam omittat, reliqui totam hæreditatem petere possint jure accrescendi?*

Laut. pag. 108. verb. Pluribus ejusdem gradus &c.

Brevibus, at solide, hanc intricatam quæstionem decidit B. Parens, quam ipsius verbis hic exponam. Agitatissima tum ex concursu materiarum difficillimarum, tum ex collisione textuum in *l. 8. §. 8. ff. de Inoff. test. & l. 10. §. 4. ff. de bon. poss. contr. tabb.* est quæstio: An, si v g duo filii sint, exhæredatus partem faciat, seu, quod idem est, ejus pars alteri non accrescat? Quando enim pars non accrescit partem facere, quando accrescit partem non facere dicitur.

Hic vero plures quæstiones diversæ vulgo confunduntur. Nam alia quæstio est, *an exhæredatus partem faciat in legitima?* Alia, *an in bonorum possessione contra tabulas?* Alia, *an in querela? &c.* In his omnibus enim quæritur, an exhæredati pars reliquis accrescat, eoque ille partem non faciat?

Et juris certi esse dicimus in *legitima* exhæredatum partem facere, in *reliquis* non facere, sed in his ejus deficientis portionem accrescere reliquis: Præcipua vero quæstio est de *legitima*, ejusque quantitate, cujus ut decisio eo evidentius & facilius demonstretur, legitimam hoc loco quartam ex jure veteri faciemus, cum ad hanc quæstionem nihil intersit.

Quæstio igitur est, si duo filii sint, & unus v. g. exhæredatus, an hic alteri partem faciat, ita ut pars ejus alteri non accrescat, nec ejus legitimam augeat? Et nihil jure certius est, quam facere partem, nec ideo legitimam alterius filii augeri aut majorem fieri. Huic rei demonstrandæ sufficiet hac vice duplex irrefragabilis ratio, & præterea textus expressus.

Ratio *prima* est, quod in definienda quantitate legitimæ unice inspiciatur status intestati, non testamenti: Est enim legitima quarta ejus portionis, quam filius habiturus fuisset, si defunctus intestatus decessisset: non ejus portionis, quæ in præsens ex testamento ei competit vel non competit: Idque in vulgus constat ex *l. 8. §. 6.* ib. *Quartam partem ejus quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterf. decessisset. ff. de Inoff. test. l. 8. in princ.* ib. *patris, quæ intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam &c. C. eod. tit. l. 31.* ib *legitimæ portioni, id est, quartæ parti ab intestato successionis &c. C. eod. tit. l. 2.* ib. *quartam partem debitæ ab intestato portionis. C. de Inoff. donat. &c.*

Atqui ab intestato portio filii, si ut supponimus, duo sunt, non est nisi semis, cujus quarta est sescuncia: Igitur ejus legitima non potest esse nisi sescuncia, seu quarta semissis, etsi alter exhæredatus sit: ea enim exhæredatio ex testamento est, non ab intestato, & testati non intestati statum refert.

Altera

Altera ratio eſt, quod nihil hic commune ſit cum jure accreſcendi, nullaque ejus fingendi ſpecies vel titulus. Etenim neque hoc caſu quarta petitur ex diſpoſitione teſtatoris, nedum ex ejus conjunctione; illa enim unice ab inteſtato & ex lege, quin fere contra teſtamentum petitur, neque ulla conjunctionis ſpecies apparet: Enim vero extra hæreditatem ipſam, de qua nunc non agitur, nullum jus accreſcendi eſt aut eſſe poteſt, niſi ex conjunctione teſtatoris. Tantum autem abeſt, ut allegari poſſit conjunctio teſtatoris in legitima, ut plane eam ne quidem reliquerit, ſed contra abstulerit. Denique lex quoque ſuam cuique legitimam propriam tribuit, ut adeo nulla conjunctionis umbra appareat Manifeſtum igitur eſt exhæredatum partem in legitima facere, nec eam accreſcere alteri.

Tertium eſt textus expreſſus in *l. 8. §. 8. ff. de Inoff. teſt.* ubi (1) dicitur totidem verbis, *exhæredatum utique partem facere.* (2) Ita deinde exemplo definit, ut non poſſit ulli hominum dubium remanere. Ait enim, *ſi ſint ex duobus filiis nepotes* (quo caſu duæ ſtirpes ſunt & quæque ſtirps ſemiſſem ab inteſtato caperet) *ex uno tres* (quo caſu cujusque portio ab inteſtato ſextans erit, ſeu duæ unciæ) *ex uno unus* (cujus tum portio inteſtati ſemis erit) *unum ſeſcuncia* (quæ eſt quarta ſemiſſis ab int. debiti) *unum ex illis ſemuncia* (quæ eſt quarta ſextantis cuique eorum ab inteſtato debiti) *querela excludit.*

Et fruſtra in *d. l. 8. §. 8.* fingitur vel juſte vel injuſte exhæredatus, cum nihil ejus in textu dicatur, nec infulciri id ei poſſit, quia caſus ibi eſt ubi alter quæſtus non eſt, adeoque ſcire nihil poteſt de jure exhæredationis.

Denique ipſa natura ac ratio id demonſtrat; Liberis enim jus inteſtati a natura datum eſt, & quæritur ſaltem, quantum teſtamento cujusque portioni ab inteſtato natura debitæ detrahi poſſit? Ergo quatenus detrahi non poteſt, neceſſario jus inteſtati manet immutabiliter, & hoc ipſum eſt quod legitima dicitur. Non poteſt igitur per naturam legitima aliter intelligi, quam pars ejus quod ab inteſtato debetur, neque concipi extra ſtatum juris inteſtati.

Hæc etſi tam certa, tam perſpicua ſint, ut nemini dubium ſupereſſe queat, tamen ſunt non tantum qui diſſentiunt, ſed & communis Dd. ſententia in contrarium eſt, quin & ſunt qui eam uſu receptam teſtantur. Idque, quod maxime mirum eſt, ex hac levi ratione, quod exhæredatus habeatur pro mortuo. *l. 1. ſ. 5. ff. de Conjung. cum em.* Verum

RESP. (1) Exhæredatio iſta ex teſtamento eſt; in legitima vero inſpicitur unice, quid ab inteſtato fuiſſet, *per jam demonſtrata.* Ex teſtamento eſt quod quis exhæredatus & (poſito) pro mortuo ſit: ſed in ſtatu inteſtati (de quo hic) vivit & partem facit, ac ſi ſucceſſurus eſſet.

Resp. (2) Sed & hoc longissime abest a vero, exhæredatum pro mortuo haberi regulariter. Nam nepos filio exhæredato neque fit suus, neque acquirit, vel abstinet ut suus, neque transmittit ut suus, sed in omnibus ei obstat filius exhæredatus, & hoc extante nepos extraneus est. Quæ omnia secus sunt eo mortuo. Quin exhæredato filio ejus nepos & descendentes quoque excluduntur, secus ac eo mortuo: adeo ut si ipse querelam non moveat, ne nepos quidem possit. *l. 34. in f. C. de Inoff. test. l. 14. ff. eod. tit. l. 6. princ. ff. de Inj. rupt. irr.* Conf. *Sup. q. 17.* Secus si præmortuus sit filius. Imo etsi non jure exhæredatus sit, si tamen deliberante hærede scripto moriatur, & ideo querela moveri non potuerit, ne tum quidem nepoti succursum, sed plane exclusus fuit. *l. 7. vers. cæterum ff. si tabb. test. null. ext.* Adeo ut hoc casu, cum per filium non steterit, & ita iniquissimum esset ejus descendentes excludi, Justinianus demum singulare beneficium movendi adhuc querelam dederit in *d. l. 34. de Inoff. test.* Adeoque verum non est filium exhæredatum haberi pro mortuo.

Atqui id tamen asseritur in *l. 1. §. 5. ff. de Conjung. cum em. lib.* ibi: *exhæredatus pro mortuo habetur & hinc partem eum non facere traditur* in *l. 10. §. 4. ff. de Bon poss. contr. tabb.*

Resp. Loquuntur de bonorum possessione contra tabb. nam ad eam pertinet quoque edictum *de Conj. cum em. lib.* In hoc remedio certum est, exhæredatum haberi pro mortuo, nec partem facere; quia illud unice pro liberis a patre præteritis introductum est, exhæredati autem & quicunque pro exhæredatis habentur, prorsus ab eo excluduntur, perinde ac si non essent, solaque ipsis querela relinquitur. *d. l. 10. §. Exhæredatis d. l. 1. princ.* Add. *§. fin. de Exhær. lib.* In hoc igitur remedio, in quo e contrario unice præsens status testamenti inspicitur, & quod ad exhæredatos non magis pertinet, quam si non essent, illi merito habentur pro mortuis, nec partem faciunt. Accedit, quod per hanc bonorum possessionem contra tabulas hæreditas petitur, in qua necessarium est jus accrescendi: quibus nihil evidentius.

Equidem *Dn. Schilterus JCtus celeberrimus Ex. 14. ad Pand. §. 77. 79. 80. 81. 82.* defendere contrarium conatur, sed quod pace ejus dictum sit, nihil momenti in eam rem afferre videtur, nedum quicquam ad certissima hæc jura reponit. Ait *d. §. 77. & 79. in d. l. 8. §. 8. de Inoff. test. agi de exhæredato, qui & ipse partem suam capere potest*, sed id gratis dicitur, nec in textu habetur, quin ex eo contrarium jam ostensum fuit.

Ait d. §. 79. & 80. Non ex jure veteri, sed ex mente Justiniani in Nov. 18. exposita perquirendum illud esse; sed *in d. Nov.* 18. nihil mutatur quam sola legitimæ quantitas, scil. quadrans in trientem vel semissem: in reliquis intactum

ctum jus prius relinquitur. Tandem ipse in *d.* §. 81. fatetur jure communi contrarium verum esse. Quæ vero de favore legitimæ, & odio testamenti contra eam facti adduntur &c. nihil concludunt. Tota enim ratio fundatur in statu intestati, quæ etiam ex mente Justiniani valet, *l.* 31. *C. de Inoff. test.* & jam demonstratum est.

Quod si jam a jure tam certo ante recesseris, quam plene praxis contraria loci probata fuerit, quid aliud efficitur, quam ex jure certo incertissimum, qua nulla alia est major juris ac Justitiæ pestis ac pernicies: nec tum praxis est dubii juris interpretatio, sed juris certi corruptio.

Unde igitur probabis jus tam certum contraria praxi sublatum esse? Equidem in Saxonia toties contraria sententia præjudiciis firmata est, ut forte praxis ibi probata videri possit. Vid. *Carpz. p. 3. const. 10. def. 12. Struv. Exerc. 10. & 32.* At generaliter, & extra Saxoniam quoque, usu receptum id esse non probatur. Quin præclarissimi JCti adhuc jus commune defendunt, uti post *Bart. in l. 14. n. 20. ff. de Inoff. test. Castrens. in l. 34. §. 9. ff. de Legat. 1. & alios. Donellus 19. Comm. 10. Hillig. d. c. 10. lit. A. & cap. 9. lit. A. & B. Struv. d. th. 32. Lauterb. in comp. Pand. 110.* Item *Anth. Fab. de Err. Pragm. dec. 15. err. 4. Bachov. ad Treutl. vol. 1. Disp. 13. th. 15. Vinn. lib. 1. quæst. 21. & ibi allegati.*

Ex rationibus igitur genuinæ praxeos dicendum est, jure huic tamdiu insistendum esse, quoad mutatum illud contrario usu fori rite doceatur. *per vulg.* Est vero eo tenacius retinenda hæc regula, quia alias non tantum illa quæstionis species, sed & in innumeris aliis incertum jus, & fluctuationes fori sequi necesse est. Uti in hac ipsa materia, si sint 5. liberi & unus eorum exhæredatus; Hic enim non tantum quæritur, an exhæredatus partem hactenus faciat, ne accrescat reliquis, nec eorum legitimas augeat; sed & an in numero liberorum computetur, ita ut connumeretur ipse inter liberos, ut cum 5 ita essent liberi, legitima jam non sit triens, sed semis. In hoc jam casu sequeturne Judex in Saxonia rationem juris communis, an contrariæ, ut dicitur, praxeos? Equidem juris regula notissima est, correctoria esse stricti juris, & si nec illud quoque mutatum appareat, stabit ratio juris communis: Verum *Carpz. d. const. 10. def. 13.* secutus est filum præcedentis quæstionis relicto jure. Cum igitur in hac specie non ita probata sit praxis contraria, saltem per reliquas terras Saxonicas, in Saxonia quoque jus hujus quæstionis incertum fiet, cum alii æque & justius sequi jus civile possint. vid. *q. 30.*

Et hactenus de legitima: De *bonorum possessione contra tabulas* quæstio jam supra simul decisa est, ostensumque in ea e contrario exhæredatum partem non facere, sed pro mortuo haberi.

De *querela* quæstio valde ambigua visa fuit, sed plana est; & in ea hoc casu

casu jus accrescendi omnino obtinet, uti in ipsa hæreditate, ad quam rescisso testamento petendam illa tendit: Sed termini, ut ajunt, habiles juris accrescendi poni debent; ad illud enim duo requiruntur, (1) ut uterque habeat querelam; uti enim portio portioni, ita querela querelæ tum accrescit. (2) Ut alter deficiat, vel quia eam repudiat, vel quia exclusus ab ea est. Hæc evidenter concurrunt in *l. 23. §. fin. ff. de Inoff. test.* Item in *l. 7. verb. repudiantis animo ff. eod. tit.*

Neque adeo OBSTAT *l. 8. §. 8. ff. eod. tit.* verb. *qui non queritur:* ubi portio non querentis alteri non accrescit.

RESP. Quia quartam habet, excludit querelam, deficit igitur ratio, quod uterque debeat habere querelam. De ea vero specie exclusæ per quartam querelæ in *d. §. 8.* agitur.

Qv. XIX. *An Privilegium Leg. fin. C. h. per Nov. 115. mutatum sit?*

Laut. p. 108. verb. Quoad reliquos non &c.

Præmittendum hic est filiosfam. paganos de suo peculio castrensi vel quasi castrensi pro lubitu testari, indeque parentes excludere potuisse. Neque his tum querela competebat *l. f. C. h.* Cum vero postea per *Nov. 115.* in genere dispositum sit, non licere liberis parentes suos præterire, dubium inde ortum fuit, an id quoque verum sit de liberis testantibus de peculio quasi castrensi secundum privilegium *d. l. fin.* adeoque an hoc sublatum sit per dictam *Nov. 115.* Quod negatur; (1) quia privilegia anteriora per generalem constitutionem posteriorem non tolluntur. *L. 3. C. silent.* (2) Quia Justinianus post illam *Nov. 115.* privilegium dictæ legis finalis tollit in filiis clericis per *Nov. 123. c. 19.* Quod opus non fuisset, si privilegium illud jam in totum *per Nov. 115.* sublatum fuisset. Atque ita (3) plurimi Dd. sentiunt. *Laut. h. & Exerc. 15. concl. 6. lit. 6. Zæs. h. t. n. 30. Donell. & alii.*

DISSENT. *Struv. h. §. 39. ibique Dd.* propter generalitatem textus in *Nov. 115.* Sed ei jam satisfactum est in ipsis rationibus.

DISSENTIT quoque *Treutl. h. §. 3. l. c. Fach. l. 6. controv. 74.*

Qv. XX. *An mater testamentum pupillare inofficiosum dicere possit?*

Laut. pag. 108. verb. Quoad reliquos non &c.

NEG. (1) per text. expr. in *l. 8. §. 5. ff. h.* (2) per *c. 1. de testam. in 6.* (3) quia mater nullo modo testamentum inofficiosum dicere potest, non ratione patris, quippe non tenetur impuberis matrem instituere, nec ratione filii, quia testamentum non fecit: Atque ita (4) communiter Doctores sentiunt, *Berlich. p. 3. concl. 10. Hart. Pist. Obs. 30. Carpz. part. 3. const. 8. def. 1. n. 1. Brunn. ad d. l. 8. §. 5. Struv. h. t. §. 39. Stryk. U. M. h. §. 15.*

OBJ.

OBJ. Quod pater condat testamentum nomine filii, adeoque eodem quoque jure uti debeat. *arg. l. 54. R. J.*

RESP. Condit quidem testamentum de bonis filii, at non ejus nomine, sed ex proprio quodam jure & privilegio patriæ potestatis. *pr. Inst. h. t.* Unde potius pro dispositione patris habetur, & testamentum dicitur accessio tabularum patris. *§. 2. §. 5. Inst. h.*

Alia quædam, sed leviora, objiciuntur apud *Struv. in Evol. ad d. §.^a 39.* Ubi simul dubia illa resolvuntur.

Atque hanc sententiam Usu fori receptam tradunt *Carpz. dict. const. 8. def. 1. Finckelth. Obs. 29. n. 16. H. Pist. O. 30. n. 3.* ubi ita judicatum refert. Quanquam dissentiant alii, qui matrem ad petitionem legitimæ admittunt. *Brunn. d. l. 7. §. 5. n. 11.* ubi duo affert præjudicia: *Richt. dec. 45. Hillig. l. 16. c. 5. lit. A.* Idque in Electoratu Saxoniæ observari ait *Carpz. d. const. 8. def. 3.*

QU. XXI. *An quoque tacita pupillaris substitutio excludat matrem?*

AFFIRM. Nam cum sub vulgari expressa contineatur tacita, pater in unum casum matrem excludens, eam quoque in alterum tacite præteriisse videtur; Adeoque nunc eadem ratione neque pater neque pupillus inofficiosus dici potest *l. 8. §. 5. h.* Idque porro probatur *arg. l. 4. vulg. subst. arg. l. fin. C. de Inst. subst. arg. l. 45. h. l. 2. C. Eod.* quæ latius explicat *Struv. h. t. §. 39. & d. Ex. 33. th. 29. ibique Müller. Faber de Error. Pragm. dec. 33. Err. 5. Franzk. Ex. 6. q. 47.* Neque ulla hic subest iniquitas, quia antiquo jure mater plane non succedebat liberis. *Bach. ad Tr. 2. D. 11. th. 9. l. c.*

Laut. pag. 108. verb. quod etiam de tacita pupillari &c.

DISSENTIUNT Dd. comm. *Carpz. p. 3. c. 8. def. 2. pr. & n. 2. ibique late Dd. Brunn. ad d. l. 8. n. 13. ibique Dd.* (1) per textum in *l. 8. C. Imp. subst.*

RESP. Loquitur de testamento militis, ad quem illæ conjecturæ, & illa interpretatio non pertinent, sed ejus nuda voluntas spectatur. *Struv. d. th. 29. vid. l. 6. C. test. mil.*

(2) Per *l. 5. C. Inst. & subst.* Ubi matrem cum filio instituit pater, at huic matre præterita, Titum substituit sub conditione, *si posthumus natus non fuerit*, ille vero natus decessit impubes; tum non succedit substitutus, sed mater; certo indicio, uno casu exclusam altero tacite exclusam non videri.

RESP. (1) Conditio *si natus non fuerit* non est vulgaris substitutio, in qua sola id constitutum est, ut ea expressa contineatur tacita pupillaris. *L. 4. pr. & §. 1. Vulg. subst.* (2) Tota ratio interpretationis hic cessat, & contraria obtinet; hic enim matrem cum filio hæredem in primo gradu instituit, & sic eam

æquiparavit filio, postposuit autem eam saltem in secundo gradu. Conf. *Struv. dict. th. 29.*

In praxi Dissentientes obtinent *Laut. h. p. 108. ibique Berlich. Coccej. Hyp. Inst. tit. de Pup. subst. §. 8. Richt. dec. 45. n. 12. Struv. Ex. 33. th. 29. & late Dd. allegati a Müller. ad d. th. 29. lit. E. Brunn. l. 8. §. 5. ff. h. n. 13. Carpz. p. 3. const. 8. def. 2.* ubi addit rationem æquitatis, quod non credendum sit patris voluntatem fuisse, ut ullo modo mater excluderetur per eum, quem non expressim pupillariter substituerit, cum id facere potuisset: Et cum ex interpretatione juris demum excludatur, merito ea stricte sumi debet, ne vergat in injuriam matris.

Qv. XXII. *An per querelam totum testamentum infirmetur?*

Laut. p. 108. verb. *Sed & reliqua &c.*

AFFIRMATUR de jure antiquo, sed post *Nov.* 115. tantum infirmatur quoad institutionem. Vid. *sup. q.* 16.

Qv. XXIII. *An fratris quoque testamentum inofficiosum totum rescindatur?*

Laut pag. 108. verb. *Quoad fratres.*

AFFIRM. *sup. q.* 11.

Qv. XXIV. *An, si filius querela non obtineat, amittat emolumenta testamento relicta?*

Laut. pag. 109. verb. *denegantur ei omnia emolumenta.*

AFFIRM. *L. 8. §. 14. h. l. 5. pr. his quæ ut ind. §. 4. Inst. h.* quia ex voluntate furiosi acquirere nihil potest; quin cum summa impietas sit Parentum voluntatem sine justa causa furoris arguere, merito a patre relicta vindicantur fisco, & accusanti tanquam indigno auferuntur; *d. l. 8. §. 14.* At, si rogatus fuerit restituere, tantum perdit id quod jure Falcidiæ habere potuit, salvo cæterum jure fideicommissario, *d. l. 8. §. 14. Struv. h. §. 28.*

Exc. (1) Si non sponte, sed ex necessitate accusat, & v. g. tutorio nomine testamentum inofficiosum dicit, tunc non amittit legata ipsi relicta, *§. 4. h. l. 30. §. 1. ff. h. l. 22. ff. His quæ ut ind.* officii enim necessitas & tutoris fides excusata esse debet, *d. l. 22.*

An vero advocatus quoque, qui alieno nomine querelam movet, perdat legatum sibi relictum, quæritur? & affirmatur, quia ultro impugnat, cum advocatus officium suum interponere non teneatur. Conf. *L. ult. pr. ff. h.* Nec

Obst. *L. 14. §. 9. bon. lib,* ubi patronus est advocatus ejus, qui bonorum

rum possessionem contra tabulas liberti petit, & tamen non repellitur, quia dicitur non accusare.

Resp. Singulare est in patrono, qui non amittit bonorum possessionem liberti, nisi eum accuset, quod vero non fit, si tantum est advocatus. Hic ergo non quæritur, an ultro fecerit, id enim negari nequit, sed an dici possit accusare? quod negatur, imprimis in pœnis, ubi voces stricte accipiuntur, *d. l. 14. §. 9.*

Exc. (2) Si ante sententiam desistit, *l. 13. §. p. Jur. fisc. l. 8. §. 14. h. l. 8. C. de his quæ ut ind.* is enim, quem pœnitet, quod per errorem facit, venia dignus est. *l. 38. §. 7. ff. de adult.*

Exc. (3) Si non inofficiosi querela agit, sed ipsam voluntatem & saltem ejus solennitates impugnet: ut si has falsas vel testamentum non jure confectum contendat. *l. 5. pr. & §. 1. l. p. ff. his quæ ut indign. ibique Brunn.* tunc enim testatorem non accusat furoris. Idque verum est, etsi testator in genere sub pœna amissionis prohibuerit impugnari testamentum, quia testator impedire non potest, ne solennitates lege præscriptæ locum in testamento habeant, *l. 55. ff. de Legat.* neque voluntas testatoris quæ contra legem disponit servanda est. *Carpz. p. 3. c. 7. def. 24.* ubi bis ita judicatum refert.

Excipiunt (4) casum, si non dolose impugnat, sed ex justa & probabili causa. *Richt. 1. dec. 42. n. 7. Struv. h. §. 39. ibique Müller. lit. E.*

Exc. (5) Si actore testamentum impugnante absente, secundum reum præsentem pronuncietur, quia tunc magis ob contumaciam quam malam causam victus videtur. *l. 8. §. 14. h. t. Struv. h. §. 39. ibique Müller.*

Qv. XXV. *An liberis & parentibus legitima debeatur a natura?*

Resp. *Liberis* omnino debetur; & parentes tenentur iis aliquid relinquere ex bonis. Quam originem egregie demonstrat *B. Par. in posit. Jur. Gent. pos. 10. & 11. & in Lect. Grot. ad l. 2. c. 7. § 4. n. 3.* Idque ita jure civili quoque traditur, *l. 7. pr. de bon. damn. l. 36. §. 2. C. h. Nov. 18. præf. & c. 1.* Quid autem vel quantum relinqui debeat, jure naturæ definitum non est, sed hoc est juris civilis, & si eo aliquid definitum est, dicitur legitima. *Grot. d. l. Carpz. p. 3. c. 12. d. 1. n. 2.*

Laut. pag. 109. verb. Debetur ascendentibus & descendentibus &c.

Obst. Lex Voconia & privilegium militare; Quo utroque casu nihil liberis debetur.

Resp. Ex utilitate & necessitate publica etiam jura naturalia tolli ac mutari possunt. Conf. *sup. Grot. l. 2. c. 14. §. 7.*

At *parentibus* liberi natura non tenentur relinquere legitimam (1) ex rationibus naturæ, quas allegat *B. Parens* in *lect. Grot.* ad *l. 2. c. 7. §. 5.* (2) quia LL. 12. tabb. parentes citra successionem omnia filii bona jure patriæ potestatis acquirebant, *§. 1. Inst. per quas pers. cuique acqu. Dion. Hal. l. 8.* mater vero simpliciter excludebatur, & demum lege Claudia, plenius vero per SC. Tertullianum admissa est *Tot. tit. Inst. ad SC. Tertull.* Sed & (3) restricta postea patria potestate fratres in successione præferebantur patri. *L. 13. C. legit. hær.* Neque sufficit dicere id contra naturam fuisse, quia tum perfecta jam fuit jurisprudentia: Atque hinc (4) non jure naturæ dicitur deberi, sed ex pietate *l. 7. bon. damn.* & commiseratione. *L. 7. §. f. Unde lib.* quæ voces virtutem significant, non juris necessitatem. Quin (5) jus hoc parentibus dicitur deberi turbato mortalitatis ordine; ergo non ordine naturæ, nedum jure. *l. 15. h.* Unde & (6) opponitur juri naturæ filiorum. *dict. leg.* Atque ita sentiunt *Gail. 2. O. 121. n. 16. Dd. apud Mynf. cent. 6. O. 43. pr. Brunn. ad l. 7. si tabb. testam. Gart. post. p. 1. q. 42. n. 42.*

OBST. *Nov. 1. in præf. §. 2. & c. 1. de testament. in 6.* ubi legitima matri dicitur deberi jure naturali.

RESP. Jus naturæ hic sumitur improprie, vel pro jure Gentium secundario, vel pro regula virtutis, uti passim tum in jure tum apud autores fieri solet.

Effectus hujus rei insignis est, quod legitima *liberis* debita nulla lege tolli possit, *arg. §. pen. Inst. de Jur. Nat. Gent.* neque tale statutum valeat. *Carpz. p. 3. c. 23. d. 18. n. 4. p. 3. C. 12. d. 1. & 5. Mynf. c. 5. O. 43. Gail. 2. O. 122.* Et cum ejus quantitas lege definita sit, a parentibus gravari vel diminui nequit. *Carpz. p. 3. c. 7. def. 24. n. 8. & c. 12. d. 7. n. 6.* neque ulla dispositio patris, qua ei fraus fit, valet. *dict. Const. 7. def. 24. n. 7.* Adeo ut liberi non teneantur stare taxationi bonorum a patre in præjudicium legitimæ factæ, *Carpz. p. 3. c. 12. d. 9.* at lege minui potest. *Carpz. d. const. 12. def. 1. & 5.*

Quæ OBSTANT vid. apud *Struv. h. t. §. 10. ibique Evol.*

DISSENTIT *Vinn. §. 3. h. t.* ubi rationem allegat, quod legibus 12. tabb. potuerint excludi liberi.

RESP. ab hæreditate, non vero a legitima.

At legitima *parentibus* debita tolli potest, nam antiquitus patri eam non competiisse supra demonstratum est: *L. 13. C. legit. hær.* Atque id praxi Cameræ ita receptum esse asserit *Gail. 2. Obs. 122. n. 16* ubi ad marginem pro nostra sententia in Camera judicatum dicitur. *Wes. cons 24. pr. & Dd. apud Mynf. d. Obs. 43. Treutl. h. §. 11. lit. c. & d.*

DIS-

DISSENT. *Struv. h.* §. 10. *Mod. Pist. cent.* 2. *O.* 122. *n.* 5. 1. 2. *Moller. l.* 3. *semestr. c.* 5. *Carpz. part.* 3. *const.* 1. *def.* 9. & *def.* 21. 12. 10. *Const.* 12. *def.* 1. *n.* 6. *Const.* 11. *def.* 8. *n.* 7. *Mynf. cent.* 6. *Obs.* 44. *Berl. p.* 3. *concl.* 18. *n.* 16.

QV. XXVI. *An legitima liberis & parentibus hodie sit relinquenda titulo institutionis?*

AFFIRM. Nam ante *Nov* 115. quidem sufficiebat legitimam iis relinqui quocunque titulo, *Nov.* 18. & sic legitimæ saltem prospectum fuit; at Justinianus maculam quoque præteritionis delere voluit, uti hæc ratio additur *Nov.* 115. *c.* 5. *pr.* atque hinc constituit, ut præterea hæredes nominentur, non quidem ita, ut præcise legitima titulo institutionis relinquatur, v. g. hoc modo: ich setze meinen Sohn in legitima zum Erben ein, sed ita, ut instituatur hæres, licet legitima titulo singulari relinquatur; hinc sufficit, si testator ita dicat: ich setze meinen Sohn zum Erben ein, er soll aber mit einem legato von 100. Rthlr. zufrieden seyn: Hoc adeo valet, ut, si minus legitima portione relictum sit, ab hæredibus impleri debeat. Quæ omnia in terminis ita traduntur in *d. Nov.* 115. *c.* 5. *pr.* *Cæterum, si qui hæredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu quidem testamentum nullatenus solvi præcipimus; quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab hæredibus impleri.*

Laut. pag. 110. verb. *Nam relinquenda est liberis &c.*

Atque hæc hactenus ratione *liberorum* dubio carent. *Ungep. Ex.* 8. *q.* 13. Eumque titulum institutionis jure Canonico quoque & Saxonico requiri tradit *Muller. ad Struv. h. Ex.* 30. *lit. d.* adeo ut institutione omissa totum testamentum nullum sit. *Mull. d. l.* ubi ita judicatum refert ex *Richt. dec.* 40. *n.* 5 *Phil. l.* 2. *Ecl.* 73. *n.* 3. Institutio autem fieri debet verbis directis, *ibid.* qualia in dubio præsumi docet *Phil. d. l. n.* 7.

Neque OBST. quod legitima sit res certa, *l.* 6. *C. h.* in re certa autem institutus habeatur pro legatario, *l.* 13. *C. Hær. Inst.* indeque non videatur necessarium legitimam titulo institutionis relinqui.

RESP. Falsum est legitimam semper esse rem certam, nam potest etiam tamquam pars hæreditatis relinqui, uti in proposito casu, vid. *quæst.* 32.

OBJ. *Auth. Novissima C. h. t.* verb. *quoquo titulo.*

RESP. Desumta est illa authentica ex *Nov.* 18. quæ correcta est per *Nov.* 115. *c.* 3. 4 & 5. *Berl. p.* 3. *concl.* 13. *n.* 8. *seq.*

At ratione *parentum* sunt qui putant non opus esse titulo institutionis, sed iis quocunque titulo legitimam relinqui posse, *Jason. in Auth. novissima. n.* 37.

Bartol. ibid. &c. n. 4. sed contra expressum textum in *N.* 115. *c. 5.* ubi injuriam præteritionis etiam a parentibus auferre vult Justinianus: Atque hæc sententia, uti sanior, ita communi quoque Dd. calculo probata est. *Phil. Us. Pr. Inst. l. 2. Ecl. 73. n. 4.* ubi duo præjudicia affert. *Vinn. §. 3. h. Berl. p. 3. concl. 15. n. 69. Stryk. U. M. h. §. 19.* Quæ *obstant* vide in *disp. Mull. de debito bonorum subsidio.*

Multum autem interest, an filius quoad legitimam titulo institutionis sit honoratus an non; nam priori casu habet jus accrescendi cohærede repudiante; *Struv. evol. ad h. th.* 30. habet remedium *l. f. C. de edict. div. Hadr.* & alia, de quibus plenius *infr. q.* 32.

Neque hæc solennitas institutionis tantum in testamento solenni, sed & privilegiato obtinet, ita ut pater inter liberos disponens legitimam titulo institutionis relinquere debeat; quia eadem est ratio, utpote cum Justinianus in genere a liberis injuriam præteritionis avertere voluerit. *Nov. 115. c. 5.* Accedit quod hæredis institutio sit fundamentum omnis testamenti, adeo ut nec testamentum concipi sine ea possit; *§. 34. Inst. de legat. l. 19. C. testam.* Quæ sententia quotidie practicatur. *Struv. h. §. 30. ibique Müller. & Dd. Wurmf. Obs. 29. c. 9. l. 1. Berl. p. 3. concl. 15. n. 20. Carpz. p. 3. c. 4. def. 21.* ubi ita judicatum refert *H. Pist. p. 1. q. 1. n. 12. Phil. l. 2. Ecl. 73. n. 5. Dn. Stryk. U. M. h. §. 19.*

NOTANDUM tamen est omissa institutione testamentum valere ut divisionem paternam. Vid. *Carpz. p. 3. c. 4. def. 22.* de quo plenius ad *Laut pag. 803. Phil. d. l.*

OBST. Quod in testamento inter liberos nuda voluntas inspiciatur, valeatque illa dispositio etiam ex testamento imperfecto. *l. 21. § 1. C. Testam.*

RESP. Modo adsint illæ solennitates, quæ etiam in imperfecto testamento, & præcise ex *N.* 115. *c. 3. 4. & 5.* requiruntur.

QU. XXVII. *An fratribus quoque legitima titulo institutionis relinquenda sit?*

Laut. pag. 110. verb. *Fratribus utcunque &c.*

NEG. Quia injuria fratribus non fit per præteritionem, sed quia eis præfertur turpis persona; tota hæc injuria cessat, si legitima iis relinquitur; sed & *Novella CXV.* qua titulus institutionis requiritur, loquitur de liberis & parentibus, indeque cum sit correctoria, stricte est intelligenda. *L. 32. §. f. C. de Appell. ibique Gothofr.*

OBJ. Quod supr. *q. 9. &* 10. dictum sit *Novellam* illam 115. extendi ad fratres.

RESP.

Resp. Ibi ideo extensio fiebat, quia alias deterior esset conditio liberorum & parentum, quam fratrum, quæ ratio hic cessat.

Atque hæc sententia praxi obtinet, vid. *Laut. h. p.* 110. *ibique Dd. Struv. §.* 30. *Stryk. U. M. h. §.* 19.

At alia quæstio est, an, si turpi persona instituta minus legitima fratri titulo singulari relictum sit, hic possit agere ad supplementum?

Affirmat *Afflict. dec.* 204. *n.* 23. *ibique Ursell. n.* 1. & 4. ubi ita judicatum refert. Add. *Peregr. de fideic. art.* 36. *n.* 46. *in f. Mull. ad Struv. h. §.* 30. *lit. V. ibique Dd.*

Qu. XXVIII. *An augmentum legitimæ etiam ad parentes & fratres pertineat?*

Affirm. *Nov.* 18. *c.* 1. *in f.* Ubi hoc augmentum expresse extenditur ad omnes personas, quibus olim quarta debita fuit, adeoque & ad parentes, *arg. l.* 15. *inoff. test.* æque ac ad fratres, *arg. l. fratres &c. C. h.* Accedit, quod eadem subsit utrinque ratio, nam ideo aucta fuit legitima, quia sufficiens non videbatur. *dict. Nov.* 18. *præfat.*

Laut. pag. 110. verb. *Idem est in ascendentibus & fratribus.*

Obj. (1) In rubro dictæ *Novellæ* 18. tantum liberorum fieri mentionem.

Resp. (1) Capitum inscriptiones non sunt authenticæ, vid. *Laut. p.* 2. *f.* (2) in nigro expresse dispositio extenditur ad omnes personas, quibus ab initio quarta debita fuit.

Obj. (2) Quod Imperator passim hujus augmenti, at tantum in liberis, mentionem faciat. *N.* 39. *c.* 1. *pr. N.* 92. *in præfat.*

Resp. (1) Nullibi tamen excludit parentes & fratres; Resp. (2) Quod Justinianus *dd. ll.* eorum mentionem non faciat, inde est, quia ea quæ Justinianus ibi noviter constituebat, ad solos liberos pertinebant.

Obj. (3) Quod non eadem sit ratio parentum & liberorum, nam his debetur legitima a natura, quibus solis Justinianus prospicere voluisse videtur, *d. Nov.* 18. *præf.* verb. *& naturæ consequens & c.* 1. *verb. & natura primo curata competenter.*

Resp. Etiam parentibus legitimam natura, i. e. ex pietate, deberi dici potest. (2) Negari non potest principaliter liberorum causa & ut natura curetur, legitimam auctam esse, sed statim hoc extenditur expressis verbis ad omnes reliquos qui quartam olim habuere.

Obj. (4) Legem correctoriam stricte esse intelligendam.

Resp.

RESP. Nisi extensio ipsis verbis vel rationis identitate comprehendatur.

Atque hanc sententiam ratione parentum praxi servari ait *Vinn. Inst.* §. 3. *h. n.* 2. Conf. *Treutl. ff. h. §.* 13. *lit. E. Phil. Us. Pr. Inst. l.* 2. *Ecl.* 74. *Struv. h.* §. 13 *Carpz. p. 3. const.* 11. *n. 3. Laut. h. t. p.* 110. *Gudel. de Jur. noviss. l.* 2. *c.* 7. Dissent. *Vaud. l.* 1. *var. qu. c.* 50. *Dd. apud Struv. d. l. ibique Müller. lit.* (β) & *Vinn. d.* §. 3. *h.* Aliter dissentiunt *Costal. in l.* 15. *h. t.* & *Treutl. d.* §. 13, Qui concedunt quidem augmentum legitimæ parentibus, sed tantum in triente, non vero in semisse, quia putant contingere non posse, ut quinque sint parentes succedentes: sed bene Respondet *Struv. in Evol. ad* §. 13. *h. t.* facile casum contingere posse, si plures fratres cum parentibus concurrunt, tunc enim, si duo sunt parentes & tres fratres concurrentes, parentibus semis præstari debet. Ratione fratrum itidem plerique Dd. nobiscum sentiunt ex allegatis ante rationibus, *Struv. d. l. & late Dd. apud Müller. d. l. lit* δ. Conf. *Kopp. l.* 1. *Obs.* 119. *num.* 7. *Tusch. Tom.* 5. *Pract. concl.* 189. *n.* 1. *Stryk. U. M. h.* §. 16.

DISSENTIUNT *Vinn. d. l. Treutl. d. l.* & plurimi alii apud *Müller. ad Struv. d. l.*

QV. XXIX. *An in computatione legitimæ numerentur exhæredati?*

Laut. p. 100. *verb. Numerantur in hac computatione &c.*

AFFIRM. Indeque si e duobus liberis unus est exhæredatus, non augetur alterius legitima, sed manet ea tertia pars dimidiæ hæreditatis; & contra, si ex 5 unus est exhæredatus, augetur legitima & fit semis ac si quinque essent. Conf. *l.* 8. §. 8. *h.*

OBJ. (1) Quod exhæredatus habeatur pro mortuo, *l.* 1. §. 5. *conjung. cum emanc. lib.* indeque numerari nequeat.

RESP. Habetur pro mortuo quoad successionem ex testamento, quo exclusus est, at non quoad successionem ab intestato; legitima autem est portio ejus, non quod ex testamento, sed ab intestato relictum est: Neque enim fictio ultra casum expressum procedit. Conf. *sup. q.* 18.

OBJ. (2) Quod alter filiorum saltem jure accrescendi habeat querelam, *sup. q.* 18 indeque legitimam totius hæreditatis petat. Sed ei jam satisfactum est *supr. q.* 18. *Struv. h. Ex.* 10. §. 27. De praxi vide *sup. q.* 18.

QV. XXX. *An in computatione legitimæ quoque numeretur uxor, quæ portionem statutariam habet?*

NEGATUR: Quia legitima est portio portionis ab intestato debitæ, ab intestato vero uxor non succedit, indeque portionem non facit. Si ergo qua-

quatuor ſint liberi, & uxor, quæ portionem ſtatutariam habet, legitima non eſt ſemis, ſed triens. Conf. *q. ſeq.*

Qv. XXXI. *An legitima ſit pars bonorum, an hæreditatis?*

RESP. Si relinquitur *titulo ſingulari*, vel in re certa, tunc eſt pars bonorum, *l. 6. C. h.* & filius habetur pro legatario. *L. 13. C. hær. Inſt.* At ſi *titulo univerſali* relicta ſit, erit pars hæreditatis. *L. 119. V. S.*

Laut. pag. 110. verb. *aere alieno &c. Si legitima titulo ſingulari.*

Effectus inſignis eſt, quod ſi *titulo univerſali* relicta, indeque pars hæreditatis ſit, omnia jura activa & paſſiva comprehendat, ſi *titulo ſingulari* relicta, eoque pars bonorum ſit, ea jura non comprehendat. Unde (2) ſequitur, *illo* caſu inſtitutum pro ſua quarta habere actiones, & reſpondere quoque hæreditatis creditoribus teneri; cum *hoc* caſu ſoli hæredes id agant; Adeoque (3) *illo* caſu quarta conſideratur non deducto ære alieno, quippe quod inſtitutus pro parte ſuſcipit; *hoc* caſu vero computatur quarta deducto ære alieno. (4) *Illo* caſu non poterit retinere legitimam repudiata hæreditate, nec (5) ea publicata, indignove ablata: Utrumque *hoc* caſu ſecus. (6) *Illo* actiones univerſales tam poſſeſſoriæ quam petitoriæ dantur, ut interdictum quorum bonorum, remedium *l. ult. C. Edict. div. Hadr.* hæreditatis petitio, & fam. erciſc. actio. *Laut. p. 111. hoc*, ſingulares, ut actiones ex teſtamento &c. *Laut. d. l.*

Qv. XXXII. *An in legitimam debeant computari omnia bona teſtatoris, comprehenſa quoque portione ſtatutaria, an tantum ea bona quæ ſuperſunt detracta hac portione?*

Caſus hic eſt, ſtatuto conjugi datus eſt ſemiſſis bonorum, maritus habet 800. in bonis: quæritur, filii legitima ut computetur? an ratione totius maſſæ, ut ſint 200. quæ eſt quarta 800rum, an vero ut ſint 100. quæ conficiunt quartam deducta portione ſtatutaria.

Laut. pag. 110. verb. *deducitur etiam portio ſtatutaria.*

RESP. Ratione totius maſſæ, computata ſimul portione ſtatutaria, ita ut triens vel ſemis totius maſſæ intelligatur. *Nov. 18. c. 1.* Idque (1) quia legitima eſt portio portionis ab inteſtato debitæ, atqui ab inteſtato ſoli filii ſuccedunt, portio vero conjugis ſtatutaria regulariter eſt portio bonorum, licet eam ut hæres ſtatutaria accipiat. Nam (2) hæres ſtatuto non fit in odium ſed in favorem liberorum, ut oneris quoque ſit particeps, fœminaque admittitur non ut legitimæ quid detrahat, ſed poteſtati mariti de prætereunda conjuge: Indeque ſtatutum in dubio detrahere juri conjugis, non liberorum voluiſſe videtur. (3) Conjux conjugi de ſuo eam portionem debet, non ergo detrahitur juri naturali liberorum, ſcil. legitimæ: Et (4) huic, ut juri naturæ, magis faveri,

eique insisti debet. Nec (5) privilegiatus auditur contra magis privilegiatum. Sed (6) ex *Auth. præterea. C. Unde Vir &c.* jam portio data est conjugi cum liberis, idque ut hæredi, & tamen non mutavit id legitimam. Denique legitima tantum computatur pro numero liberorum, *Nov. 18. c. 1.* non vero extraneorum: Atque (7) hanc sententiam defendit *Carpz. l. 6. Resp. Mangil. de imputat. & detract. quæst. 7. n. 13. Richt. de success. ab intest. sect. 4. membr. 2. n. 26. Stryk. de success. ab int. Diffsert. 4. c. 3. §. 12. & late §. 59. ibique Dd.* Ubi id merito quoque de legitima parentum defendit. Vid. *Struv. Ex. 38. th. 40. Berl. p. 3. concl. 29. n. 60.*

Excipe, si vera communio bonorum sit, quia hoc casu uxor non ut hæres, sed ut condomina dimidiam accipit, indeque revera maritus de suo tantum reliquam dimidiam ab intestato relinquit, quanquam dissentiat *Stryk. d. l. §. 60. cum Brunn. cent. 3. dec. 23.* putans legitimam computari ex omnibus bonis mariti, deductis saltem illatis uxoris; sed obstat huic sententiæ ratio condominii.

Obj. (1) Quod legitima sit portio portionis ab intestato debitæ; At conjux concurrit ab intestato.

Resp. Concurrit, sed non in hæreditate, verum tanquam in re singulari: Quia licet ut hæres statutaria succedat, non tamen id rem mutat, quia hoc statutum stricte intelligitur, ut fœmina scil. simul succedat, non vero eodem effectu, nec in præjudicium legitimæ liberis a natura quæsitæ; id quod tum ex ratione, quod legitima numero liberorum non vero extraneorum computetur, tum exemplo juris communis, quo uxor etiam ut hæres concurrebat salva legitima liberorum, antea demonstravimus.

Obj. (2) Quod ea portio statutaria sit æs alienum, quod ante omnia deducendum. *L. 8. §. 9. h.*

Resp. Id verum est de eo ære alieno, quod testator vivus contraxit, adeoque quod tempore mortis amplius in ejus bonis non est; non vero de eo, quod post mortem demum deberi incipit, quale etiam est ipsa legitima, *l. 8. §. 15. h.* & cum hoc æs alienum potius sit reliquis debitis, *d. §. 9.* ante reliqua quoque deducitur; sed & jam ante dictum est, non videri eam mentem esse statuti, ut præjudicet legitimæ, sed ut minuat testatoris potestatem testandi, ne in præjudicium uxoris suæ pro lubitu testari possit. Conf. *Stryk. d. §. 59.*

Obj. (3) Ita tolli posse facultatem testandi, si scil. uxor semissem statuto haberet, quinque vero liberi alterum semissem.

Resp. (1) Hæc iniquitas tunc esset statuti, (2) non cessat jus testandi, sed saltem objectum, ut in paupere; Sed & (3) facilius hæc facultas aufertur, quam

quam legitima naturæ, Conf. *Stryk. d. l. §. 91. in fin.* (4) Manet etiam facultas testandi cum effectu, etsi nihil in bonis habeat: *Vid. l. 39. t. 5. q. 6.*

Ex quibus constat conjugem nihil regulariter mutare, nec in quantitate legitimæ, nec in numero liberorum, de quo vid. *q. 31.* & statutum admisisse conjugem non in parte liberorum, sed in parte conjugis, & quatenus ipse disponere potest. *Nov. 18. c. 1.*

Qv. XXXIII. *An prælegata quoque imputentur in legitimam?*

AFFIRM. Quia in hanc quartam imputatur quicquid ex bonis & judicio defuncti accepit filius, *l. 8. C. h.* at prælegata sunt ex bonis & judicio defuncti. Conf. *l. 25. pr. ff. h.*

Laut. p. 111. verb. Sive per ultimam voluntatem &c.

OBJ. Quod prælegata non conferantur, *Mev. 1. dec. 84. Gœden. cons. 4.* a collatione autem ad legitimam valet argumentum. *l. 29. pr. C. collat.*

RESP. Imo non valet argumentum, ubi testator noluit collationem fieri, ut in prælegato; tunc enim res illæ non conferuntur, etsi in quartam computentur; quin nec potest collatio in prælegatis ex rei natura obtinere, quia conferuntur tantum ea, quæ filii a parentibus vivis acceperunt, & tempore mortis in bonis habent. *Laut. 537.* Prælegatum autem demum post mortem deberi incipit: at in legitimam imputantur etiam ea, quæ quis post mortem patris ex ejus bonis & judicio accepit.

Imputantur vero prælegata in legitimam (1) etsi inter vivos jam tradita sint, manet enim natura legati, quod demum post mortem incipit, cum ergo ex bonis & judicio defuncti prælegata capiantur, merito quoque imputantur. *L. 8. C. h.* & falsum est fieri donationem inter vivos, *arg. l. 26. ad L. falc. Brunn. ad l. 6. C. Collat. n. 4.* nisi animus donandi apparet. (2) Etsi ut præcipuum datum sit prælegatum, ex eadem ratione; nisi per modum donationis inter vivos, jure dominii transferatur, tunc enim ad hæredes ab intestato transitura non fuisset illa portio, adeoque nec in legitimam imputabitur. *L. 25. pr. ff. h. l. 8. C. h.*

DISSENT. *Struv. h. §. 35.* Qui prælegata nunquam imputari in legitimam ait, *arg. l. 12. seq. C. Collat.* sed satis id refutatum est.

Qv. XXXIV. *An sumtus studiorum imputentur in legitimam?*

NEG. Nisi probetur animus credendi, quod in dubio in patre non præsumitur. Adeo ut hic animus credendi nec ex annotatione, sed expressa dispositione probetur. *Phil. Us. pr. Inst. l. 2. Eclog. 72. n. 3. & in fin. Carpz. p. 3. c. 17. &c.*

Laut. pag. 111. verb. Sumtus studiorum

c. 17. d. 17. Struv. h. §. 35. Nam hi ſumtus ſunt pars neceſſaria educationis & alimentorum nomine veniunt. Conf. *L. 50. ff. Fam. erc.*

Secus eſt & ſumtus ſtudiorum imputantur in legitimam (1) Si pater eos voluerit imputari, *Phil. d. l.* vel (2) reliqui liberi legitimam aliter habere non poſſint, *Phil. d. l. n. 5.* vel (3) parens bona filii penes ſe habuerit, tunc enim de his erogaſſe ſumtus cenſetur; atque ita judicatum refert *Phil. d. l. n. 6.*

Not. Sub his ſumtibus continentur ea quæ erogantur, ut filius titulum Magiſtri, Notarii, Baccalaurei, Licentiati, Doctoris &c. conſequatur, uti præjudicia ſunt apud *Phil. d. l. & Carpz. p. 3. c. 11. def. 10. Müller ad Struv. h. t. §. 25. lit. δ.*

Qv. XXXV. *An condictio, qua ſupplementum legitimæ petitur, 30. annis præſcribatur?*

Laut. pag. 111. verb. præſcribuntur 30. annis &c.

Affirm. Nam hæc condictio jure civili introducta eſt, adeoque idem ibi obtinet, quod in reliquis actionibus civilibus, quæ 30. annis præſcribuntur. *Treutl. h. §. 12. lit. e. Laut. in f. h. Struv. §. 31. h. ibique evol. Gail. 2 O. 120. Mynſ. cent. 2. O. 72. Berl. p. 3. concl. 13. n. 33.* & alii apud *Müll. ad Struv. d. l.*

Obstat, condictionem hanc eſſe ſubſidiariam querelæ, indeque eodem modo quinquennio finiri.

Resp. Falſum eſt eſſe ſubſidiariam, nam plane diverſa actio, & ex plane diverſa ratione orta eſt & non niſi inſtituto datur, neque reſcindit teſtamentum, ſed illud ſupplet.

Dissentiunt Doctores apud *Treutl. d. l. & Bartolus apud Müll. d. l.*

LIB. V. TIT. III.

DE HÆREDITATIS PETITIONE.

Qv. I. *An hæreditas jacens repræſentet perſonam defuncti, an hæredis?*

Laut. pag. 111. verb. Scilicet quoad præſens &c.

Resp. Hæreditas præſentat perſonam defuncti hactenus *ut actus valeat ex ejus perſona*, ne videatur nullus eſſe, *pr. Inſt. Stip. Serv. l. 33. in f. ibi: ex perſona defuncti NB. vires conſumit*, *l. 34. A. R. D. §. 2. Inſt. hær. Inſt. l. 31. §. 1. ff. Eod.* verb. *ideo placuit hæredem inſtitui poſſe, quia creditum eſt hæreditatem*

tem &c. defuncti locum obtinere; Indeque sufficit cum defuncto esse testamenti factionem, etsi non sit cum hærede. *L. 52. ff. Eod.* Ratio hujus rei est, quod hæres succedat in jus defuncti, ejus enim jus usque ad aditionem repræsentatur; non esset autem jus defuncti, quod post mortem ejus cœpit a gestore, nisi hic gestor eum repræsentet, & sic valeat ex defuncti persona. *Vinn. §. 2. Inst. h.* Unde si curator hæreditatis defuncti judæi emeret mancipium Christianum, non valeret emtio, nec hæres judæi, etsi Christianus; succedere posset, *L. 52. hær. Inst.* quia defunctus, cujus personam emtor repræsentat, servum Christianum habere nequit. *tot. tit. C. ne Christ. Manc. jud.* Vel si pretium emeretur a servo hæreditario Præsidis defuncti, non potest hoc prædium hæres habere, *d. l. 52.* quia Præses, cujus personam hæreditas repræsentat, non potest. *l. 62. pr. de Contr. Emt. l. 46. §. 2. jur. fisc. &c.*

OBJ. Quod omne jus defuncti morte exstinguatur, & ex eo momento hæres in hoc jus succedat; *l. 28. § f. stip. serv.* hæreditas ergo non potest repræsentare defunctum, qui mortuus est, nec actus valere ex ejus jure, quod extinctum est, sed potius ex jure futuri hæredis.

RESP. Dictum est hæreditatem repræsentare personam defuncti saltem ad eum effectum, ut actus valeat, at *quoad effectum acquisitionis* secus; nam ex hoc negotio ex persona defuncti valido res acquiritur futuro hæredi, & hactenus hæreditas repræsentat personam hæredis, ut scilicet ei acquiratur. *pr. Inst. Stip. Serv. l 28. §. f. l. 35. ff. Eod.* junct. *l. 22. ff. Usurp.*

Ubi tamen notandum non spectari personam hujus vel illius hæredis, quia is deficere potest; sed hæredis in genere. *L. 27. §. f. Pact.* Unde nec valet stipulatio quæ fit certo hæredi. *d. §. f. Conf. Vinn. Inst. §. 2. h.*

INSTO. Atqui Proculus in *l. 28. ∬. f. de Stip. Serv.* ait, hæreditatem nullo modo nec quoad effectum acquisitionis repræsentare hæredem, quia extraneus est.

RESP. Imo hæres si adit non amplius est extraneus, sed successor in jus defuncti, adeoque tum hæreditatem repræsentat. *d. l. 28.*

Varie dissentiunt Doctores: Communiter dicunt, hæreditatem quoad præsens tempus obtinere vicem defuncti, quoad futurum aditæ hæreditatis, sive hæredis. *Laut. pr. h.* idem ait *Treutl. h. §. 1. lit. d.*

QV. II. *An petitio hæreditatis sit actio mixta?*

AFFIRM. (1) per text. expr. in *l. 7. C.* verb. *mixtæ actionis personalis ratio h. t. l 25. §. 18. ff. h. t. & l. 22. §. p. Fam. erc. jud. §. 20. Inst. Act.*

Laut. pag. 112. verb. *Mixta &c.*

Nam (2) est partim in rem, quia datur contra possessorem rerum hæreditas-

ditariarum, adeoque ex jure in re; *d.* §. *20. Inst. Act* partim in personam, quia possessor ex gesto vel facto quoque tenetur, *d. §. 20.* Vid. *Laut. pag. 113.*

Quin (3) debuit talis universalis actio esse, ut ex omni causa per eam agi, & non tantum possessor juris conveniri possit ex iis quæ tenet & possidet, sed ex iis quæ gessit; alias non esset universalis.

Idque (4) ex ipsis præstationibus apparet; ita enim (α) in genere dicitur omnes hæreditarias actiones in hæreditatis actionem venire in *l. 20. §. 4. h.* adeoque & personales: Venit quoque (β) damnum ex noxali causa debitum defuncto, *d. l. 20. §. 5.* Datur quoque (γ) contra eum, qui gessit negotia hæreditaria. *l. 16. §. 3. h.* Ut & (δ) contra debitorem hæreditatis sive ex delicto sive ex contractu debitor sit. *l. 15. §. f. l. 14. h.* (ε) Quin tenetur b. f. possessor de culpa & dolo amissis. *l. 19. §. 2. h.* (ζ) tenetur quoque quatenus factus est locupletior, quod nunquam in ulla actione reali venit. *L. 20. §. 6. h* sed & (η) si possessor exegerit æs alienum, id quoque in petitionem venit. *l. 16. §. 1. l. 25. § 18. h.* vel si (θ) pretia rerum possidet. *d. l. 16. §. 1. l. 18. §. 1. & §. 18. h. t.*

Obj. Quod tamen dicatur *petitio* hæreditatis; petitio autem dicitur de actionibus in rem. *l. 28. Obl. Act.*

Resp. Vocatur ita ab eo quod potius est, principaliter enim petitur jus in re, petitur scilicet hæreditas, quæ inter quatuor jura in re refertur.

Obj. (2) §. *20. Inst. Act.* Ubi mixtæ saltem *videntur*, ergo non sunt.

Resp. (1) Aut vere hoc visum est Imperatori, aut falso; quod ultimum dici nequit, quia alias id addidisset: Neque Imperatori & legibus videtur, quod falsum est; quin hoc ipso, dum ipsis videtur, fit verum; sed & (2) vocula illa *videtur* in rebus etiam certissimis adhiberi solet; quin (3) non falso *videri* Imperatori, patet tum ex legibus, tum ex rationibus ante allegatis.

Obj. (3) Tres actiones mixtas tantum recenseri in §. *28. Inst. Act.* sub quibus non continetur hæreditatis petitio.

Resp. Nec ibi fit mentio arbitrariam, & tamen tales dantur, quin & subjiciuntur in §. 30. *Eod.* Sane petitio hæreditatis tanquam mixta quoque recensetur in *§. 20. Eod.*

Obj. (4) Etiam actiones mere reales habere præstationes personales. *l. 13. R. V.*

Resp. Non habent extra rem, ut mixtæ, sed ex re ipsa; uti si periit, vel deterior facta sit, æstimatio debetur: Id vero non est ex actione, sed executione, quia in rem executio fieri nequit, cum periit, neque ex causa propria juris

juris ad rem, sed consequente juris in rem. At mixtæ actiones ex causa universali, adeoque & ex causa juris ad rem dantur, & præterea ipsæ personales quoque præstationes iis petuntur.

Atque hæc est communis Dd. sententia, *Laut. p. 112. & 113. Struv. h.* §. *45.* & late Dd. apud *Treutl. h.* §. *2.*

DISSENTIT *Treutl. d. l. ibique Dd.*

Effectus insignis est, nam petitio hæreditatis annumeratur b. f. judiciis, *L. 42. pr. m. c. don. l. f.* §. *f. C. eod.* §. *28. J. de act. Struv. d. l.* cum actiones in rem sint arbitrariæ. §. 31. *Inst. Act.*

QV. III. *An ille tantum pro ficto possessore habeatur, qui malitiose se offert liti?*

Laut. pag. 110. verb. *Qui se malitiose &c.*

NEGATUR: Nam & ille qui ex justa causa liti se offert, pro ficto possessore habetur. *L. 25. h. t.* Potest enim aliquis certus de justitia suæ causæ liti se offerre, *d. l. 25. arg. l. 95.* § *9. solut. l.* 13. §. *14. h. t.* & hi possessores maxime effectus differunt. vid. *q. seq.*

QV. IV. *An, si fictus possessor litis æstimationem solvat, hoc vero possessori prosit?*

Laut. ibid. verb. *si fictus possessor &c.*

RESP. Distinguendum esse, an fictus possessor dolose desierit possidere, an ex justa causa; *priori* casu vera est sententia *Lauterbachii*, quod, si dolosus possessor æstimationem solverit, verus possessor non liberetur, *l. 13.* §. *14. h.* quia æstimationem ex suo dolo, adeoque tanquam pœnam doli, præstitit, uti ratio eleganter additur in *l. 95.* §. *9. ff. solut.* At *posteriori* casu, ubi bona fide desiit possidere, vel bona fide liti se obtulit, ut in casu *l. 25.* §. *17. h.* soluta a ficto possessore æstimatione liberatur verus possessor. *arg. d. l. 13. & d. l. 95.* Iniquum enim non est rem & pœnam petere, sed rem & æstimationem simul petere non caret iniquitate. *l. 51. ff. re jud. l. 34. ff. Obl. act. l. 57. ff. R. J.* §. *6. de legat.*

OBJ. (1) *l. 7. ff. R. V.* ubi de omni ficto possessore in genere dicitur, quod eo damnato res adhuc a possessore vindicari possit.

RESP. Hoc explicandum ex *d. l. 13. & 95.* de ficto possessore doloso; Sed & loquitur textus de casu ubi damnatus saltem est fictus possessor, at nondum solvit; tunc quæritur, an actor mutare judicium, & relicta æstimatione ipsam rem petere possit? quod affirmatur *d. l. 7.*

OBJ.

Obj. (2) *l. 24. junct. l. 26. pr. Nox. act.* Ubi dolose manumittens solvendo æstimationem liberat verum possessorem.

Resp. Ratio ibi singularis est, nam expresse actio noxalis dicitur introducta a Prætore, ne eludatur actor, non ut etiam lucrum faciat. *d. l. 26. pr.*

Obj. (3) *L. 10. reb. eor. qui sub tut.* Ubi pupillus accepta æstimatione non potest vindicare rem ipsam.

Resp. Ibi tutor non convenitur tanquam fictus possessor, neque ratione doli pœnam patitur, sed ex actione personali ob male gestam tutelam tenetur: Si ergo pupillus hac actione ex quasi contractu suum accepit, non potest amplius rem ipsam petere, quia duæ rei persecutoriæ non concurrunt.

Atque ita sentiunt *Struv. Ex. 10. th. 47. Donell. & Hillig. l. 19. c. 14. Laut. pag. 112.*

Qv. V. *An petitio hæreditatis detur contra eum, qui tempore sententiæ demum incipit possidere?*

Laut. pag. 112. verb. *Sufficit possidere &c.*

Resp. Equidem petitio hæreditatis in genere datur contra eum, qui ab initio hæreditatem sive universitatem possidet, quia actio hæc datur contra eum qui pro hærede vel possessore possidet. *L. 9. l. 10. ff. h.* Etsi singulas res hæreditatis non possideat, *L. 18. §. 1. h.* quia actione hac principaliter universitas jurium petitur, *l. 18. ff. f. h. t.* quod fieri potest, etsi alter, qui eandem hæreditatem affectat, nihil ex ea teneat: Si tamen tempore sententiæ possessionem illarum rerum hæres nanciscatur, omnino ad eas restituendas compelli potest. *d. l. 18.* §. 1. *l.* 4. *l.* 41. *h.* Ratio evidens hæc est, quia tota causa hæreditatis in judicium ab initio deducta est, adeoque quicquid tempore sententiæ ex ea causa penes possessorem est, restitui debet: Idem quoque obtinet in reliquis actionibus universalibus. *L.* 30. *pr. de Pecul.*

Obj. (1) Quod hæc actio non possit intentari nisi contra possessorem.

Resp. Est possessor hæreditatis, sub qua universitate continentur etiam res hæreditariæ. Conf. *l.* 18. *ff. f. h.*

Obj. (2) Quod non possit videri in judicium deductum, quod post judicium acceptum accedit. *L.* 23. *ff. jud. l.* 35. *Eod.*

Resp. Imo jam ab initio jus circa illam rem in judicium deductum fuit, & possessio saltem postea, cum de effectu judicii quæritur, supervenit, cum proinde hæc ad causam hæreditatis, ejusque jus, jam pertinuerit, nihil novi in judicium deductum videri potest.

Obj.

OBJ. (3) *L.* 27. §. 1. *R. U.* Ubi is contra quem rei vindicatione agitur, utroque tempore possidere debet.

RESP. Rei vindicatio non datur nisi contra eum, qui ab initio rem possidet, quia ea actione speciem petimus, indeque necessario rem ejusque possessorem sequimur; at nostro casu universitas petitur, non res, *l.* 1. *pr. R. V. l.* 18. *§. f. h.* indeque ea intentari potest contra eum, qui se hæredem ait, etsi nullam rem hæreditariam possideat. *d. l.* 18. §. 1. si tamen supervenit ante sententiam rerum earum possessio, cum effectu quoque ad earum restitutionem hæres condemnari potest, quia ad causam hæreditatis pertinent.

QV. VI. *An hic res functionem recipiat?*

NEG. Pugnat hoc cum natura specierum; Functiones enim in quantitatibus at non in speciebus obtinent, neque enim res pro pecunia, vel contra, dari potest. Res autem ita se habet; quia petitio hæreditatis est actio universalis, pretium quoque rei hæreditariæ venditæ, at citra functionem, in hanc actionem venit loco rei, de quo est *l. 20. l. 25. & pass. h.* adeoque id solum dicitur, rei distractæ pretium peti posse, & succedere in locum rei, non vero per functionem.

Dissent. Laut. p. 112. verb. Hic res functionem &c.

DISSENT. *Laut. h. t.*

QV. VII. *An successor singularis ejus, qui pro hærede possidet, hac actione teneatur?*

NEGATUR. Hæreditatis enim petitio quidem datur contra eum, qui pro hærede vel possessore possidet, *l. 9. ff. l. 7. C. h.* ejusque hæredem, quippe qui factum defuncti præstat; *l. 13. §. 3. & 11. h.* at non contra ejus successorem singularem, qui bona fide rem ab eodem emit. *l. 13. §. 8. h.* cessat enim allegata ratio.

Laut. pag. 113. verb. Singulares stricto jure &c.

EXC. (1) Si hæredi agendi res aliter salva esse non possit, aut (2) ei non expediat contra alienantem agere, forte quod absens sit, aut modico pretio emerit, nam priori casu in subsidium, hoc casu ex æquitate utili actione conveniri possunt successores singulares. *l. 13. §. 4. h. Treutl. h. §. 4. lit. c. ibique Dd. Covarr. pract. quæst. 12. Fach. 1. contr. 4.* Ubi dissentiunt Dd. Idem est (3) si lite pendente emerit, *l. 5. l. 35. §. 1. h. Treutl. d. l.* uti & (4) si successor mala fide acceperit. *l. 13. §. 8. h.*

Eadem quoque regula obtinet in emtore, qui a fisco hæreditatem tanquam vacantem bona fide emit; nam præterea quod ex regula *legis 13. §. 4. h.*

tutus ſit, plena ei ſecuritas datur per conſtitutionem Juſtiniani in *l.* 1. *l.* 2. & *l.* 3. *C. Quadr. præſcr.* ex qua nemo a fiſco aliquid emens conveniri poteſt.

OBJ. *L.* 13. §. 9. *h.* Ubi contra eum qui a fiſco emit, ſemper hæc actio utilis datur.

RESP. Loquitur de eo qui ſciens a fiſco hæreditatem tanquam vacuam emit, atque hinc §. ille 9. conjungi debet cum §. 8. qui de *ſciente* agit, de quo ita pergit Jurisconſultus in §. 9. *item ſi quis* (ſciens) *a fiſco hæreditatem tanquam vacantem emit &c.* & in hoc ſolo caſu æquitas ibi jactata obtinet, alias enim iniquiſſimum eſſet eum, qui a fiſco emit, deterioris fore conditionis quam quilibet alius ſucceſſor ſingularis, neque ita facile fiſcus inveniret emtorem.

Varie diſſentiunt Doctores. Aliter rem decidit *Struv.* §. 50. *h. ibique evol.* aliter *Donellus* apud *Struv. in dict. evol.*

QV. VIII. *An ille, qui nec pro hærede nec pro poſſeſſore, ſed alio valido titulo poſſidet, petitione hæreditatis conveniatur?*

Laut. pag. 113. verb. *Reliqui qui alio valido &c.*

NEGATUR: *L.* 4. *In quib. cauſ. long. temp. L.* 7. *C. h.* Nam convenitur quidem, ſed actionibus ſingularibus, *L.* 2. *in f. C. h.* Et tota ratio petitionis hæreditatis hic ceſſat; nam univerſalis actio neceſſario ſupponit poſſeſſores univerſitatis, nec univerſitas jurium ab eo peti poteſt, qui univerſitatem jurium non poſſidet. Atque ita bene ſentit *Laut. h. p.* 113. *Treutl. h.* §. 12. *Vaud. l.* 2. *q.* 24. *Vinn. l.* 1. *q.* 23.

Varie diſſentiunt Dd. Vid. *Goth. ad d. l.* 2. & *Treutl. d. l. Duarenus ad tit. de Inoff. teſt. c.* 10. putat hoc caſu utilem dari hæreditatis petitionem. *arg. tit. de poſſeſſ. hær. pet.*

QV. IX. *An poſſeſſor rei hæreditariæ titulum poſſeſſionis edere teneatur?*

AFFIRM. Actori enim conſtare neceſſario debet, quo titulo reus rem teneat, an univerſali, an ſingulari, ut pro re nata actionem vel univerſalem vel ſingularem contra eum inſtituere poſſit. *l.* 11. *C h. l.* 12. *ff. Eod. l.* 36. *ff. rei vind. l.* 4. *l.* 20. *ff. Interrogat. Struv. h.* §. 51. *Stryk. U. M. h.* §. 3. *Wurmſ. Pract. Obſ l.* 1. *O.* 26. *c.* 1. *Stryk. diſp. de neceſſ. edend. titul.* Secus ac in rei vindicatione, in quibus ſcire titulum nihil intereſt actoris, ſed ſi actor non probet ad ſe rem pertinere, dominium apud poſſeſſorem manet. *L.* 2. *C. de Prob. d. l.* 11. Conf. *l.* 23. *C. de Probat. Cujac. L.* 10. *Obſ.* 1. *Struv. h.* §. 51. *ibique Müller*, qui plures hanc in rem textus, rationes, & autoritates cumulat.

NOT. Si dubium ſit, an poſſeſſor titulo univerſali vel ſingulari poſſideat, cu-

cumulari eodem libello possunt hæreditatis petitio & rei vindicatio. *Struv. d.* §. *51. Stryk. d. disp. c. 2. n 25. Cothm. Vol. 3. Resp. 4. n. 33. Mull. ad Struv. d. l.*

OBST. (1) *Arg. l. 1. C. furt.* (2) *l. 7.* §. *p. de Exc. rei jud.* ubi actiones contrariæ cumulari non possunt.

RESP. (1) Alternative possunt. *arg. l. 7. l. 4. §. 2. de Leg. comm.* (2) supponitur in dictis legibus casus ubi constat de re & titulo qualisnam sit, tunc enim nec alternativa cumulatio valet in actionibus disparatis.

OBJ. (3) *Arg. l. 43. §. 1. R. I.* ubi concurrentibus pluribus actionibus ejusdem rei nomine una tantum agi potest.

RESP. Loquitur textus de cumulatione simultanea, & sensus est, quod pluribus actionibus simul agere nemo possit, sed una post alteram successive institui debeat; Conf. *l. 130. R. I.* quod huc non pertinet, ubi (1) non de eadem re, neque (2) simultanee sed alternative cumulantur actiones.

QV. X. *An ea quæ post mortem acquiruntur hæreditati, veniant in petitionem hæreditatis?*

AFFIRM. *Laut. h. p. 113. per l. 20. ff. Hær. vend. l. 20. §. 1. & §. 3. h. l. 25. §. f. & l. 1. seq. h.*

Laut. p. 113. verb. *Post mortem ejus &c.*

OBJ. Quod hæc nunquam defuncti fuerint.

RESP. Imo sunt defuncti quippe quem hæreditas, cui acquisita sunt, repræsentat. *vid. q.* 1.

QV. XI. *An bonæ fidei possessor quoque sit, qui in jure errat?*

AFFIRM. Nam agitur hic de damno rei suæ vitando, scilicet de restitutione fructuum, at in jure errans tum demum habetur pro m. f. possessore, si agit de lucro captando. *L. 3. Jur. ign. l. 25. §. 6. h.*

Laut. pag. 113. verb. *etiam in jure errans &c.*

Adeoque non OBSTANT textus in *l. 2.* §. 15. *pro. pro Emt. l.* 31. *l. 32.* §. 1. *de Usuc.* ubi in jure errans habetur pro m. f. possessore. Nam

RESP. Qui in jure errat, est pro m. f. possessore, ad hoc ne usucapione acquirat, *arg. d. l. 3.* non autem ut teneatur de suo aliquid restituere, v. g. fructus percipiendos, ibi enim de lucro captando certat. *l. 25. §. 6. h.* atque huc quoque pertinent *l. 7. C. Agric. & cens. c. 82. d. R. I. in 6to.* Conf. *Struv. h.* §. 55. *ibique Müller.*

Qv. XII. *An possessor post litem motam recte solvat legata?*

AFFIRM. Nam hæreditate controversa iniquum esset, si legatarii carere suo jure deberent, jure ergo agitur contra possessores, qui exsolvere legata tenentur, præstita a legatariis cautione, *evicta hæreditate legata reddi. l. f. C. h. l. 19. §. 10. ff. si quis om. l. 9. C. legat. l. 17. ff. h.*

Exc. Si libertas legata est, differtur de libertate judicium, donec de inofficioso judicium finem accipiat, *l. 7. pr. ff. Hær. pet.* quia ea semel concessa revocari non potest. Vid. *sup. p. 303. Obj. 7.*

Omissa illa cautione, regulariter est damnum possessoris solventis: *l. 17. ff. Pet. hæred.* si vero bona fide solverit, vel ante litem motam, vel inopi legatario, retinere tantundem ex rebus hæreditariis potest, cessis petitori actionibus contra illum legatarium. *d. l. 17.*

Qv. XIII. *An bonæ fidei possessor tantum teneatur quatenus est locupletior tempore rei judicatæ?*

Laut. pag. 113. verb. *& quantum tempore rei jud. &c.*

AFFIRM. per text. expr. in *l. 36. §. 4. h.* Adeoque si hæres ante *litem contestatam* bona fide res hæreditarias vendit, & pretium consumit, non tenetur ad restitutionem pretii, quia tempore sententiæ pretium hoc non est in ejus bonis. *L. 23. pr. h.* indeque teneretur de suo, & sic ultra quam est factus locupletior, contra mentem textuum in *l. 20. §. 6. §. 17. & §. f. l. 25. §. 17. l. 23. §. 11. h.* Atque hoc tempus in omnibus negotiis bonæ fidei inspicitur. *L. 3. §. 2. commod. l. 37. Mand.*

Obj. (1) Quod a tempore litis contestatæ incipiat esse in mala fide, adeoque tanquam malæ fidei possessor ad omne id teneatur, quod tempore litis contestatæ penes eum exstat.

Resp. Verum hoc est de rebus quæ tum adhuc exstant; has enim consumeret ut malæ fidei possessor: secus vero de rebus ante litem contestatam consumtis, nam quia bona fide id fecit, nihil restituit, nisi in quo locupletior exstat tempore rei judicatæ. *d. l. 36.*

Obj. (2) Possessor post litem contestatam res hæreditarias alienare non potest, ergo nec consumere. *t. t. de litigios.*

Resp. Loquimur de rebus ante litem contestatam consumtis, in his restituendis tantum quæritur, an locupletior factus sit tempore rei judicatæ; at post litem contestatam, verum est res nec alienari, nec consumi posse. *L. 13. Fam. erc.*

Qv. XIV. *Quinam sint fructus percipiendi?*

RESP. Qui (1) ab homine diligenti potuerunt percipi, nihil ergo interest, an petitor, cujus mentio fit in *l. 62. in f. R. V. l. 39. §. 1. leg. 1. l. 4. C. Unde vi*, an possessor, cujus mentio fit in *l. 25. §. 4. h. & l. 35. de R. V.* adhibita diligentia percipere potuerit; in utroque enim supponitur posse, qui debita diligentia potuit. Modo (2) honeste percipere fructus potuerit; quia omnis facultas percipiendi in inhonestis cessat. *l. 33. R. V. junct. l. 15. cond. Inst.*

Laut. pag. 113. verb. & percipiendis &c.

OBJ. *l. 52. h.* ubi etiam inhoneste percepti peti possunt.

RESP. Si percepti sunt, omnino veniunt in petitionem hæreditatis, quia possessor nullum lucrum retinere debet, nedum inhonestum: aliud vero est in percipiendis. *Gothofr. ad d. l.*

Qv. XV. *An malæ fidei possessor teneatur ad usuras percipiendas ex pecunia hæreditaria?*

NEG. Nam fructus quidem percipiendos restituit, at non usuras pecuniæ hæreditariæ quam non attigit. *L. 20. §. 14. Pet. hær.* Conf. *l. 62. ff. R. V.*

OBJ. (1) Quod iniquum videatur petitorem usuris, quas ipse, si pecuniam habuisset, percipere potuisset, ex mala fide possessoris carere debere. Conf. *l. 62. §. 1. R. V.*

RESP. Imo cessat illa iniquitas in casu pecuniæ numeratæ, quam nec malæ fidei possessor elocare tenetur, quia suo periculo id faceret; merito ergo excusatur ille possessor, qui otiosam penes se pecuniam habet. Aliud vero est in fructibus qui ex re percipiuntur, quam possessor tuto elocare potest, quia res elocatur periculo domini, res enim perit ei cujus est, non vero quantitas. *d. l. 62. pr.* hic ergo improbatur negligentia.

OBJ. (2) Quod usuræ fructibus comparentur. *l. 34. Usur.* at malæ fidei possessor fructus percipiendos restituit?

RESP. Comparantur regulariter, nisi ratio differentiæ legibus sit constituta, ut in hoc casu. *d. l. 62.*

Atque hanc sententiam probant *Dn. 20. Com. 5. Brunn. ad d. l. 62. &c.*

Qv. XVI. *An omnis possessor teneatur ad usuras fructuum?*

RESP. *Ante litem contestatam* tenetur omnis possessor; at si in bona fide est, tantum quatenus locupletior factus est; *l. 40. §. 1. h.* si in mala fide, ad omnes, *d. l. 40.* quia prædo semper in mora est, adeoque semper ex mora sua obli-

obligatur: *Post litem contestatam* neuter tenetur. *l. 51. §. 1. h. l. 15. ff. Usur.* Ratio differentiæ explicatur in *d. l.* 51. quia scilicet ante litem contestatam res & fructus æqualiter veniunt nomine hæreditatis, indeque hi, tanquam res principalis, producunt usuras; at post litem contestatam in judicium tantum veniunt res quæ tempore litis contestatæ in judicium deductæ fuerunt, & lis movetur de rebus quæ sunt in hæreditate: Si igitur tunc nascuntur fructus, *l. 2. C. h.* illi quidem debentur, sed tanquam accessio, adeoque non eorum usuræ; quia essent accessio accessionis, quæ non admittitur. *d. l. 51.* Conf. *Cujac. 14. Obs. 22.*

OBJ. (1) §. *35. Inst. R. D.* Ubi bonæ fidei possessor nec tenetur quatenus locupletior factus est.

RESP. Non ibi agitur de petitione hæreditatis, sed de rei vindicatione, hæc non datur nisi de re exstante, sed hæreditatis petitio de universo jure.

OBJ. (2) Quod bona fides habeatur pro veritate, & bonæ fidei possessor pro domino, *l. 48. pr. de A. R. D.* adeoque & hic pro hærede; Non ergo videtur eum posse teneri ad restituendum, cum jure dominii, vel tanquam hæres, locupletior factus sit.

RESP. Habetur pro domino, sed ficto, quoties ergo cum vero domino confertur, in ista comparatione hic potior est: Eadem ratio est, ubi fictus hæres cum vero concurrit, tunc enim ille huic restituit fructus, quia infirmius jus habet.

Atque ita sentiunt Dd. *Laut. h. p. 113. Struv. h. §. 58.* Aliam rationem *d. l. 51.* assignat Glossa *ad d. l. 51.* aliam Copus *de fruct. l. 2. tit. 1. c. 1.* Aliam Personal. *de pet. hæred. n. 659.* Conf. *Brunn. ad d. l.* 51. *& Hillig. ad Don. l. 19. c. 14. lit. A.*

Qu. XVII. *An bonæ fidei possessor de culpa teneatur?*

Laut. pag. 113. verb. *Præstat culpam &c.*

NEG. Quia putat re sua se abuti. *L. 31. §. 3. h. l.* 25. §. *11. h.* Atque hinc si facere debuit nec fecit, *d. l. 31.* vel si quid dilapidavit aut perdidit, *d. l.* 25. hujus culpæ rationem reddere non tenetur. Inprimis cum supra jam dictum sit, possessorem non teneri, nisi quatenus tempore sententiæ locupletior est.

EXC. Si post litem contestatam aliquid omittit, vel committit, tunc tanquam malæ fidei possessor ad culpam omnino tenetur. *d. l.* 31. §. 3.

Neque OBST. quod bonæ fidei possessor teneatur, si culpa sua res amisit, *l.* 19. §. 2. *h.* si non exegit debita cum potuit, *l.* 25. §. 2. *h.* si rem hæreditariam

tariam diſtraxit, vel non diſtraxit, juxta *l. 33. §. 1. h.* ſi ſervum occidit, *l. 36. §. 2. h.* ſi prædia contra conſuetudinem boni patrisfamilias coluit. *l. 54 §. 2. h. &c.*

RESP. In omnibus illis textibus ſupponuntur termini habiles, & culpa commiſſa poſt litem conteſtatam, indeque explicandi ſunt ex *d. l. 31.* Vid. *Struv. h. §. 59.* Præterea notandum hic eſt, quod poſſeſſor, etſi culpam non præſtet, tamen factum ſuum præſtet, ſi quid eo extra uſum rei fecit, quo damnum datum eſt, quia hoc factum ipſi potius quam alii nocere debet. *l. 155. R. I.*

Qv. XVIII. *An malæ fidei poſſeſſor etiam culpam præſtet?*

AFFIRM. Si fructus non percepit, vel non exegit debitum cum potuit; nam in illis quæ nondum habuit culpa imputatur, ſi cum potuerit acquirere, omiſit. *l. 25. §. 2. l. 31. §. 3. h. l. 33. h. t. l. 33. Rei Vind.* *Laut. ibid.*

OBJ. *L. 19. §. 2. h.* Ubi prædo propter culpam non tenere dicitur:

RESP. Senſus ejus legis hic eſt: Uterque & bonæ fidei poſſeſſor & prædo rem reſtituere debet, etſi defunctus tantum retentionem non petitionem habuerit, ſed ſi ea amiſſa eſt, tunc bonæ fidei poſſeſſor propter culpam tenetur, ex qua tantum damnum præſtatur; at prædo tenetur etſi nec culpa ejus ſit, quia caſum quoque præſtat, & ad omnem litis æſtimationem tenetur, quia ejus periculo eſt. Adeoque non in eo oppoſitio eſt, quod prædo immunis ſit a culpa, bonæ fidei poſſeſſor vero ex ea teneatur, ſed quod hic tantum ex culpa ad damnum tenatur, ille vero etſi culpa non ſit, quia caſum quoque præſtat.

Qv. XIX. *An malæ fidei poſſeſſor caſum præſtet?*

RESP. Diſtinguendum an malæ fidei poſſeſſor *ab initio* prædo ſit, an *poſtea* talis fiat per litis conteſtationem: *ILLE* ſemper caſum præſtat, *l. p. Vi arm.* quia perpetuo in mora fuiſſe intelligitur, *l. 1. C. his quæ vi &c. l. 8. §. 1. l. f. C. furt.* & dominus agit de damno vitando, quia potuiſſet diſtrahere. *l. 40. pr. Vi arm.* *HIC* tunc demum caſum præſtat, ſi res æque apud alterum peritura non fuiſſet, *l. 15. in f. R. Vind.* dominus ergo probare debet ſe diſtracturum, atque ita rem apud ſe non perituram fuiſſe. *l. 25. in f. l. 16. R. V. l. 12. §. 4. ad exhib. junct. l. 8. Re jud.* *Laut. pag. 113. verb. Quoad caſum &c.*

OBJ. *L. 62. pr. R. V.* ubi expreſſe dicitur poſſeſſorem periculum non præſtare:

RESP. Non ibi de malæ fidei poſſeſſore, nec de periculo, quod a prædone propter moram præſtatur, agitur, ſed de periculo quod omnis poſſeſſor etiam bonæ fidei præſtat in pecunia numerata, quam fœnori locat. Et tantum differentia oſtenditur inter locationem *pecuniæ & ſpeciei*; ad *illam* poſſeſſor non tene-

tenetur, quia suo periculo faceret (cum genus perire nequeat), nemo autem suo periculo pecuniam ut elocet compelli potest. At *hanc* tenetur, quia tuto potest, nam res perit domino. Igitur rerum mercedes sunt inter fructus percipiendos, usuræ non sunt.

Quæstio ergo in dicta lege non est de periculo, sed quid inter fructus percipiendos æstimandum, an merces, & navis vectura &c. Quod affirmatur.

INST. At pecuniæ, si eam non attigit possessor, usura non est inter fructus percipiendos, *Vid. sup. q. 15.*

RESP. Pecuniæ otiosæ usura ideo pro fructu non est, adeoque nec a prædone restituitur ut percipienda, quia possessor suo periculo eam locat, ad quod nemo adigitur: At aream & navim non locat suo periculo, quia quantitas quidem perire nequit, at species perit domino.

Debuit ergo malæ fidei possessor locare navim, quia diligentis id possessoris est, cum tuto possit, nec illa ideo ei pereat sive ante sive post litem contestatam. Non vero pecuniam debet locare, quia id suo periculo faceret, sive bona sive mala fide possideat, sive ante sive post litem contestatam. Id ergo nec diligens possessor facere tenetur.

Atque hinc apparet minus accurate *Lauterbachium* triplicem fingere malæ fidei possessorem, distinguendo (1) inter raptorem, furem &c. (2) simplicem malæ fidei possessorem ante litem contestatam & (3) eundem post litem contestatam; rectius duplicem tantum malæ fidei possessorem statuo, quia raptor a simplice malæ fidei possessore ante litem contestatam non differt quoad præstationem casus.

Quantopere autem Doctores hic hallucinentur vide apud *Struv. h.* §. 47.

NOT. Malæ fidei possessor rebus distractis non liberatur præstando pretium cum usuris, sed rem cum fructibus, quia desiit possidere, *l. 20. §. 12.* & *§. 16. h. t.* Secus si ante litem contestatam, cum adhuc bonæ fidei possessor esset, distraxit, *l. 1. §. 1. l. p. h.* vel si res tempore perituræ essent. *d. l. 20.* §. *16.* Quod solide & plene excussit. *Dn. Struv. h.* §. *58.*

QV. XX. *An hæres quoque ut malæ fidei possessor teneatur?*

RESP. Hæres malæ fidei possessoris omnia præstat quæ defunctus debuit, etsi lis cum defuncto contestata nondum fuerit. *l. 2. pr. C. fruct. l. 11. C. acq. poss.* quia petitio hæreditatis est rei persecutoria, quæ ad hæredes transit in solidum. *Müll. ad Struv. Ex. 11. th. 20.*

OBJ. *L. 52. ff. R. V.* ubi hæres ex dolo defuncti tantum tenetur, quatenus locupletior factus est.

RESP.

Resp. Loquitur textus de actione, quæ datur contra possessorem in pœnam doli, hæc enim tantum contra defunctum datur in solidum, non vero contra hæredes nisi quatenus pervenit.

Adeoque quoties contra hæredem agitur actione ex contractu, toties hic, etiam ex dolo defuncti, tenetur in solidum; *l. 12. l. 49. ff. O. A. l. 121. §. 3. V. O.* rationem vidimus *sup. tit. de Pact. q. 19. Vinn. §. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Quoties vero hæres actione in factum vel de dolo convenitur, toties non tenetur hæres nisi quatenus pervenit, nam hæ actiones sunt pœnales, quæ non nisi contra delinquentem dantur. *l. 52. R. V. §. 1. Inst. perp. & temp. l. 38. R. I. l. un. C. ex del. def. &c.*

Obj. *d. l. 11. d. l. 2.* ubi dicitur hæredem succedere in vitia defuncti.

Resp. Fructus non sunt vitio affecti, quatenus hæres bonæ fidei percipit, sed tantum quatenus defunctus percepit mala fide.

Not. Si ipse hæres fructus bona fide percepit, eos restituit quatenus locupletior factus est. *L. 20. §. 6. h.* Secus ac in rei vindicatione, ubi hæres talis omnes percipit fructus etsi locupletior factus sit. *Tit. R. V. q. 8.*

Qv. XXI. *An ille qui diu abest pro mortuo habeatur, & quid juris circa ejus bona?*

Resp. Sola absentia diuturna non probat mortem, sed is, qui mortuum ait, id probare debet, *tum* quia est fundamentum intentionis, quod asserens probare debet, *tum* quia res præsumitur manere in statu in quo est, qui ergo statum vitæ mutatum ait, hanc suam assertionem probet necesse est. *Struv. h. §. 66.*

Laut. pag. 114. verb. *Nisi de absente* 70. *annis &c.*

Hæc autem probatio vel fit testibus, & quidem regulariter duobus juratis, uti respondet Facultas Lipsiensis apud *Müll. ad Struv. d. l. lit. α.* aliquando tamen etiam unius testimonio creditur, ut si præfectus militem in acie, vel alias mortem obiisse testetur. *Mev. p. 5. dec. 134.* Atque ita judicatum est in Curia Halberstadiensi in causa Rost contra Wiese 1706. Vel si ejus commilito id jurato asserat, aut testes non suspecti a certis autoribus id audivisse contendant. *Struv. h. §. 66.* Denique id ex infinitis aliis circumstantiis concludi potest. *Carpz. p. 1. c. 16. def. 38. Masc. de Probat. Vol. 2. concl. 1076. & Vol. 3. concl. 1074.* quæ judicis arbitrio committuntur. *Struv. d. l. Carpz. p. 3. c. 15. def. 57. Richt. p. 1. dec. 66.* Si vero nullæ sunt conjecturæ, absentem pro vivo habendum existimo, quamdiu non excessit ætatem 100. annorum, eo usque enim homo vivere potest. *l. 23. C. SS. Eccl. l. 56. ff. Usufr. Müll. d. l. lit. α. n. 11.* atque ita Lipsienses responderunt apud *Carpz. p. 3. c. 15. d. 57. n. 5.* Ubi dissentiunt alii.

Morte ita per conjecturas saltem *probata*, bona tribuuntur proximis agnatis absque cautione, *Richt. p. 1. dec. 66.* etsi absens adhuc juvenis, nec diu absens sit. *Bartol. de testam. §. mortuum. n. 38. Dissent. Laut. h. pag. 114.* At ea *non probata*, interim saltem administratio conceditur cognatis proximioribus, *l. 3. §. 2. de Procur. l. 1. pr. de legit. tut.* (idque verum est, etsi absens 70. annis major sit, nam nec is ex sola absentia mortuus præsumi potest, nisi quædam indicia accedant: *Dissent. Laut. pag.* 114.) Et hi curatores cavere debent vel pignoribus, vel fidejussoribus, de restituendis reversuro bonis cum fructibus, *Carpz. p. 3. c. 15. d. 48. & seq. Struv. d. l.* etsi alterum tantum longe superent. *Carpz. d. c. 15. def. 55. 56.* Et ab hac rationum redditione nec patrem immunem esse ajunt, *Colleg. Argent. tit. Usufr. n. 15.*

Not. (1) Si morte per conjecturas probata cognati cum debitoribus transigunt, reversus dominus recedere inde potest, agnati enim vere de re aliena transegerunt: (2) Cura bonorum datur cuilibet proximiori, etsi minor, vel pupillus, vel fœmina sit. *Carpz. p. 3. c. 15. def. 48. Fab. C. l. 5. t. 40. def. 1. n. 5.* idque pluribus præjudiciis confirmat *Müll. ad Struv. h. §. pag. 658.* Dissentit *Mev. p. 2. dec. 61. n. 3. dec. cons. 176. n. 3.* (3) Si plures eodem gradu sint, omnibus administratio conceditur secundum partes, quas ab intestato habituri essent, *Richt. d. l. dec. 65. n. 5.* adeo ut jus repræsentationis quoque locum habeat. *Müll. d. l.* (4) Pater filii, de cujus morte dubitatur, jure patriæ potestatis usumfructum bonorum habet; in peculiis castrensibus, & adventitio irregulari, tanquam defensor, sub cautione rati admittitur. *Carpz. p. 3. const. 10. def. 11.* Patre mortuo, non mater, sed avus paternus eodem jure admittitur, quia is nepotem in potestate habet. *Carpz. p. 2. c. 11. def. 15. Dissent. Afflict. dec. 183. & 281.* (5) Juratoria cautio non sufficit, *Mev. p. 2. dec. 61.* quicquid dissentiant *Carpz. d. c. 15. def. 53. Finckelth. obs. 100. n. 31. Richt. p. 1. dec. 65. n. 23.* neque enim satis prospectum erit absenti, neque magistratus, cautionem juratoriam admittens, bonis postea dissipatis, actionem subsidiariam effugere poterit. *Muller. d. l. p. 659.* (6) Si cognati vel cavere non possunt vel desinunt esse solvendo, bona dantur remotioribus qui cavent. *Carpz. d. c. 15. def. 54.* (7) Plurima alia admodum notabilia collegit *Müller. ad Struv. h. §. 66.*

Qv. XXII. *An petitio hæreditatis præscribatur 30. annis?*

Laut. pag. 115. verb. Præscribitur hæc actio 30 &c.

Late hanc quæstionem decidit *B. Parens* in Disp. *de eo quod just. in dubia praxi.* Verba ejus hæc sunt:

Voluit Prætor successorio edicto, ut liberi intra annum, post hoc legitimi intra 100. dies, & deinde cognati itidem intra 100. dies bonorum possessionem petere possent. Idque expresse dicitur *idcirco propositum, ne bona hæreditaria*

ria vacua diu ſine domino jacerent, & creditoribus longior mora fieret. Et tum porro ſequitur: *E re igitur Prætor putavit, præſtituere tempus his quibus bonorum poſſeſſionem detulit, & dare inter eos ſucceſſionem, ut maturius poſſint creditores ſcire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona &c. l. 1. pr. ff. de ſucc. edict.* Hoc tamen ita conſtitutum eſt, ut ſi proximior, v. gr. filius, a primo ordine forte excluſus ſit, in ſecundo ut proximus, & ita in tertio quoque ut proximus inter cognatos, reliquis præferatur. *d. l 1. § 11. ff. de ſucc. Edict.* Hoc vero doctores poſt *Baldum in l. 8. C. de jur. delib.* quoque applicarunt ad ſucceſſionem civilem, & petitionem hæreditatis, & ſtatuere non dubitarunt, filium, etſi 30. annorum præſcriptione præcluſus ſit, tamen adhuc aliis 30. annis ut agnatum petere poſſe, &, ſi tum quoque 30. anni lapſi fuerint, nihilominus ut cognato per alios 30. annos petitionem integram eſſe, adeoque filium a petitione hæreditatis non niſi 90. annis ſummoveri: Hoc ita docere, hanc communem dicere, quin quidam etiam de praxi teſtari, nihil penſi habuere. Vid. *Struv. Exerc. X. th. 68. Matth. Weſenb. Vol. 1. Conſ. 11. n. 44. & ibidem allegati:* At vero certum eſt (1) hoc jus tantum locum habuiſſe in bonorum poſſeſſione, quando illa intra prædictum breve tempus petita non eſt, non quando petitio hæreditatis civilis 30. annis inſtituta non eſt. *d. l. 1. pr. & ſ. 12.* (2) Certum eſt hoc conſtitutum eſſe, non ad proroganda petendæ hæreditatis tempora, ſed ad ea coarctanda; uti ex ipſis verbis apparet ſupra allegatis; Certum eſt (3) in ſucceſſionibus civilibus, qualis fuit ſuorum & agnatorum id nunquam obtinuiſſe, nec ſuos, ſi excluſi ſint a ſuorum jure, admiſſos adhuc fuiſſe ut agnatos, *pr. Inſtit. d. legit. agn. ſucc.* ubi ex ordine agnatorum nemo admittitur donec ſuus exiſtit. Certum eſt (4) confuſa hodie eſſe agnatorum & cognatorum nomina ac jura, & pariter eos ſuccedere, nec eſſe amplius diverſos ordines unde agnati deinde cognati ſuccedant. *Nov. 118. c. 4.* Sed & (5) eadem ratione non ſoli liberi, ſed & omnes agnati duplici jure venirent, & 60. demum annis excluderentur, quod nemini adhuc in mentem venit. Eſtque (6) res hæc contradictionum plena: Non enim hodie ſuccedendi ordines diſtinguuntur liberorum qualitatibus, ſed deſcendentium, aſcendentium & collateralium: An autem idem, qui eſt filius patris ſui ejusdem etiam adſcendens & collateralis eſſe poteſt, eidemque, ut ejusdem & filius & aſcendens & collateralis, ſuccedere, ſuique patris pater, frater vel patruus &c. videri? Nec jam (7) per naturam fieri poteſt, ut filius, qui excluſus eſt ab ordine liberorum, deinde ſuccedere poſſit ut agnatus vel cognatus, quia aſcendentes præcedunt eos, nec jam liberos ſequitur ordo cognatorum, ſed parentum. *Nov. 118, cap. 3. 4.*

Atque hanc ſententiam analogiæ juris convenientem ajunt *Fab. C. l. 6. tit. 11. def. 3. & l. 1. de error. pragm. decad. 3. err. 8. Esbach. ad Carpz. p. 3. c. 14. def. 30. Stryk. U. M. h. ſ. f.* & juxta eam in contradictorio judicatum eſt in

 curia

curia Halberstadiensi in causa Brandt c. Knochen, & in causa Puls c. Feuerstacken. Item in causa Riephagen c. Baltzren.

E contrario plerarumque curiarum decretis improbatam eam esse tradit *Fabb. de err. 8. & 90.* demum annis petitioni hæreditatis præscribi communiter receptum esse docent Dd. apud *Phil. U. P. J. l. 3. tit. 10. Ecl. 34. n. 4. in fin.* qui ipse *n. 7.* præjudicium Lipsiense affert. Conf. *Lynker. in Analect. ad Struv. Ex. 10. th. 68. Mev. part. 9. dec. 33. Duaren. tit. de acquir. hær. c. 2.* Aliquando minus tempus a magistratu definiri posse ait *Brunn. ad l. 8. & 9. C. Jur. del.* si scil. creditores vel legatarii aditionem urgent. *Brun. d. l.* Aliquando vero 120. demum annis petitioni hæreditatis præscribi contendunt, in casu quo liberi in paterno testamento instituti sunt. Vid. *Fab. d. err. 8.*

Neque pro Nonagenaria præscriptione desunt præjudicia Curiæ Halberstadiensis. Nam in causa Findels Erben c. Findels Erben, item in causa Reindorff c. Heistern, & in causa der Schäferischen Kinder c. Jahns, in contradictorio decisum, petitioni hæreditatis 90. demum annis præscribi.

Cum ergo praxis hic dubia sit, merito insistendum rationi juris civilis.

LIB. V. TIT. IV.

DE SI PARS HÆREDITATIS PETATUR ETC.

Qv. I. *Si defunctus unum filium & uxorem prægnantem relinquit, qualem nam hæreditatis partem filius petere possit?*

Laut. pag. 315. verb. Si defunctus unum filium &c.

RESP. Quartam; adeoque fœminæ venter pro tribus personis computatur, quia tergemini nasci possunt. *l. 3. §. 3. h. t. l. 28. §. f. jud. l. 36. solut.* Conf. *Struv. h. §. 74. Laut. h. t.* Dissent. *Carantza de part. c. 18. n. 5. seq.*

OBJ. (1) Quod præsumatur id quod plerumque fit, at rarissime tergemini nascuntur.

RESP. Lex etiam de raro contingentibus ferri potest.

OBJ. (2) *L. 7. pr. ff. Reb. dub.* ubi posthumus qui natus non est partem non facit.

RESP. Ibi jam constat partum natum non esse, adeoque partem facere nequit.

OBJ.

Obj. (3) *L.* 3. *§.* 10. *suis & legit.* Ubi filius ex asse hæres est.

Resp. si constat matrem prægnantem non esse, *d. l.* 3.

Obj. (4) *L.* 30. *§.* 6. *ff. Acq. vel om. hær.* ubi dicitur in casu proposito filium non in quarta, sed in dimidia hæreditate succedere.

Resp. Omnino verum est ex dimidia fieri hæredem, sed quia interim non constat, an unus saltem an plures sint nascituri, interim saltem quarta pars adjudicatur, de quo est *d. l.* 3. *h. t.* aliter respondet *Goth. ad d. §.* 6.

Atque hanc dispositionem *l.* 3. *h.* hodieque obtinere testis est *Stryk. U. M. h.* §. 2. Ubi simul exempla tergeminorum recenset, qualia quoque in his terris contigisse notum est.

LIB. V. TIT. V.

DE FIDEICOMM. HÆRED. PETITIONE.

Qv. I. *An fideicommissaria hæreditatis petitio sit actio civilis, an prætoria?*

Resp. Est civilis quia est ex SCto, *l.* 1. *h. t.* actiones autem ex SCto ortæ sunt civiles, ac prætoriis opponuntur. *pr. Inst. perp. Act.*

Obj. (2) *L.* 2. *h.* ubi opponitur hæreditatis petitioni civili.

Resp. vox *civilis* ibi strictissime sumitur pro ea quæ ex LL. 12. tabb. oritur, vid. *Struv. evol. h.*

Obj. (2) *pr. Inst. de perp. & temp. act.* ubi actiones, quæ bonorum possessori, & illis, qui hæredis loco sunt, dantur, dicuntur prætoriæ.

Resp. Sub illis verbis *qui hæredis loco sunt*, non intelliguntur hæredes fideicommissarii, horum enim actio est civilis, *d. l.* 1. *junct. d. pr* sed illi, quibus bona libertatis causa addicebantur, item hæreditatis emtores &c. Vid. *Struv. Ex.* 46. *th.* 77.

Multum vero *Usu fori* quoque interest, an actio sit civilis an prætoria: de quo plenius *sup. p.* 325. & *infr. tit. de Obl. Act.*

LIB. VI. TIT. I.

DE REI VINDICATIONE.

Qv. I. *Quisnam præferatur in hac actione, si duobus eadem res vendita vel donata sit?*

RESP. Is cui prius res tradita est: *L. 15. C. h. l. 6. Hær. vend.* Conf. *l. 72. h. l. 98. R. I.* Quod ita communiter Dd. asserunt, *Treutl. h. §. 2. lit. f. Struv. h §. 8. ibique Dd. Goth. ad d. l. 15.* quia per traditionem demum acquiritur dominium, per nudam conventionem autem tantum obligatur persona: *Struv. d. l.*

Exc. (α) Si Princeps duobus donet; res cedit priori, *l. ult. C. Loc. præd. Civ. Gail. 2. Obs. 55.* etsi posteriori donationi clausula derogatoria adjecta sit. *Gail. d. l. Decius Conf. 151. n. 11. Treutl. V. 2. Disp. 19. th. 8. lit. a. in f.* (β) Excipiunt casum, si prior donatio est ex titulo oneroso, posterior ex *titulo lucrativo. Toming. Dec. 8. in fin. Treutl. d. l.* sed pugnat hæc limitatio cum ratione juris, ut & reliquæ, quas notat *Gothofredus ad l. 15. C. h.*

Ampliatur autem regula antea posita, ut vera sit; Etsi prior emtor pretium jam solverit, posterior vero non; *Struv. d. l.* nam rei vindicatio domino demum datur, dominus vero non fit nisi rei traditione.

Not. Tradita autem non tantum videtur res, quæ vere traditur, sed & quæ symbolice transfertur, *l. 14. §. 1. ff. per. & com.* uti si traduntur instrumenta, nam tradito instrumento res ipsa in instrumento descripta tradita censetur. *l. 1. C. Don. Fab. C. L. 1. tit. 3 def. 6. n. 3. Covar. l. 3. var. resol. c. 6. n. 12. Struv. d. §. 8.* ubi ita judicatum refert. Requisita autem hujus traditionis instrumentorum late describit. *Müller. ad Struv. d. l.*

Obj. (1) *L. 15. C. h.* ibi: *Obtentu non datorum instrumentorum expelli te a possessione non patietur.* symbolica ergo traditio non sufficit.

Resp. Ibi priori res vendita & tradita est, posterior vero emtor contendit instrumenta sibi esse tradita; hoc obtentu prior, cui vere res tradita est, expelli non debet; nam priori semel dominium traditione est acquisitum; qui est genuinus sensus *d. l. 15.* de quo disceptant adeo Dd. *Goth. ibid.*

Obj. (2) *L. 1. pr. & §. 2. Per. & com. rei vend.* Ubi vino signato nondum traditum dicitur.

Resp.

RESP. Signatio ibi fit tantum ne res immutetur, *d. §. 2.* Secus vero si fiat animo dominii transferendi. *L. 14. §. 1. per. & com.*

QV. II. *An actio hæc instituta valeat, si actor post litem contestatam demum dominium acquirat?*

AFFIRM. Si (1) ab initio in genere dominium petitum sit, quia tunc actor omnes caussas comprehendisse videtur, per text. expr. in *c. 3. Sent. & re jud. in 6. l. 14. §. 2. Exc. rei jud. Rot. Rom. dec. 176. in noviss. Treutl. h. §. 2. lit. d.* vel si (2) ab initio ex eadem caussa specialiter petiit, quæ postea supervenit. *d. c. 3.* Conf. *l. 9. §. f. pign. act.* Atque his casibus neque novo judicio neque nova interpellatione opus esse Dd. contendunt. *Treutl. d. l.*

Laut. pag. 116 verb. Et ex æquitata ei &c.

DISSENTIUNT *Vinn. ad §. 1. Inst. act. n. 16. Stryk. U. M. h. &c.* qui id restringunt ad dominium superveniens ante probationem factam, quod peracta probatione judex judicare secundum acta & probata, indeque actorem in expensas suscepti hactenus temerarii litigii condemnare debeat.

Secus ergo si quis ab initio ex speciali caussa v. g. legati egit, pendente lite vero ex alia caussa v. g. donatione dominium acquirit, tunc non valet actio, sed alia lite opus est. *dict. c. 3.* quia non potest illud in judicium venisse videri quod postea accedit: *d. c. 3.* indeque nova interpellatio requiritur. *l. 23. ff. judic.* Effectus hic est, quod ille, qui mutat judicium, refundere expensas debeat. *Carpz. p. 1. c. 11. def. 12. 3. 9. Gail. 1. O. 51. n. 9.* Atque ita in Curia Halberstadiensi per tres conformes sententias judicatum est in Caussa Berns Erben c. Holzapfel.

QV. III. *An dominus rem suam ab alio venditam vindicans, si hæres est venditoris, repelli possit exceptione doli?*

AFFIRM. Per text. expr. in *l. 14. C. R. V. l. 73. ff. Evict.* quia tanquam hæres venditoris factum defuncti præstare debet.

OBJ. (1) *dict. l. 73.* ubi dicitur dominum, etsi hæres sit venditoris, jure proprio contra emtorem agere posse.

RESP. Agere omnino potest, sed in arbitrio possessoris tunc est, an eum statim repellere velit exceptione doli mali, an vero pati velit rem evinci, & postea contra venditorem ejusque hæredem de evictione agere, idque ita explicatur *d. l. 53. ibique Goth.*

INST. Per confusionem actio domini exstincta videtur:

RESP. Inter hæredem & defunctum quidem actiones exstinguuntur per confu-

confusionem, sed si hæres a tertio possessore rem exigere potest, eatenus actio ei salva manet; de quo plenius infra *ad tit. de solut, in fin.*

OBJ. (2) *L. f. C. Evict.* Ubi *primus* vendit *secundo* domum *tertii*, ac in ejus securitatem dat fidejussorem *quartum*, & dicitur *tertium* qui est dominus, vindicare posse domum a *secundo* etsi hæres sit fidejussoris.

RESP. (1) Vindicare quidem potest *d. l. f.* at repellitur exceptione doli. *l. 14. C. R. V. d. l. 53.*

RESP. (2) Loquitur textus de casu, ubi secundus potest de evictione agere contra primum venditorem, qui forte est solvendo, nam tunc quartus fidejussor nondum tenetur (utpote cum reus principalis prius excuti debeat) indeque ejus hæres quoque *ex sua persona dominium vindicare non impeditur scil. evictionis causa durante actione.* Secus ergo si primus solvendo non est, adeoque si fidejussor ejusque hæres tenetur, hoc enim casu hæres vindicans repellitur exceptione doli, quod contra factum defuncti veniat. *d. l. 14. d. l. 73.*

QV. IV. *An uxori quoque detur rei vindicatio ratione dotis?*

Laut. pag. 115. verb. Non etiam ob naturale.

RESP. Non datur *stante* matrimonio. *l. 9. C. h.* at *soluto* matrimonio dotem vindicare potest. *l. 30. pr. C. Jur. dot.* Stante enim matrimonio omnes actiones ad dominum civilem, i. e. maritum, pertinent, uxor vero tantum est domina naturalis, ratione cujus tantum hypothecam cum privilegio habet. *d. l. 30.*

Atque hinc non OBST. (1) *l. 3. C. R. V.* ubi uxor fundum dotalem vindicare potest.

RESP. Verum hoc est, soluto matrimonio. *d. l. 30.*

OBJ. (2) Quod revera domina sit, neque per mariti dominium civile rei veritas confundatur, uti dicitur in *d. l. 30.*

RESP. Est revera domina naturalis, at ejus effectus non est rei vindicatio, (hæc enim oritur ex dominio civili,) sed actio hypothecaria privilegiata, *d. l. 30.* soluto autem matrimonio consolidatur dominium civile cum naturali, indeque uxor in rem agit. *d. l. 30.*

OBJ. (3) *L. 15. §. 3. Qui satisd. cog.* Ubi uxor dicitur fundi dotalis possessor?

RESP. Est possessor ad eum effectum, ut liberetur ab onere satisdationis, non vero ut habeat rei vindicationem, nam ad id requiritur non tantum ut possessor sit, sed & ut civile dominium habeat.

OBJ.

OBJ. (4) *L 55. donat. int. conj.* Ubi uxori ratione rei, quam maritus ſuo nomine pecunia dotali emit, utilis rei vindicatio datur.

RESP. Stante matrimonio id falſum, ſed tunc maritus directa agit, ac mortuo marito ex æquitate utilis datur uxori; id quod in favorem dotis eſt introductum. Conf. *l. 5. §. 3. h.*

EXC. Si maritus ad inopiam vergare incipiat, tunc etiam ſtante matrimonio uxor contra tertios poſſeſſores hac actione agit. *l. 29. C. Jur. dot. ibique Gothofr. l. 24. pr. ff. ſolut. matr.*

QV. V. *An etiam ille, qui rem ante litem conteſtatam lata culpa amiſit, teneatur tanquam poſſeſſor?*

AFFIRM. Quia lata culpa pro dolo habetur. *l. 2. C. in lit. Jur. l. 131. de Reg. Jur.* Uti ergo dolus, ita lata culpa pro poſſeſſore eſt. *l. 27. §. 6. l. 36. pr. h.* Neque exceptio ullibi in realibus probatur; quod plenius explicavit *B. Par. in Collat. Struv. Collat. 13. ſ. 4. 5. & 20.* & regulam evidentibus juris textibus firmat, vid. *l. 5. §. 5. junct. ſ. 15. ut in poſſ. legat. l. 63. R. V. junct. d. l. 2. l. 68. verbis ſi vero. ff. h. t. l. 8. §. 3. Prec.*

Laut. pag. 116. verb. *Si ante litis Conteſtationem &c.*

OBJ. (1) Quod hic effectus ſaltem dolo tribuatur in *d. l. 27. & l. 36.*

RESP. Lata culpa comparatur dolo, *d. l. 131.*

DISSENTIT *Struv. Exerc. 17. th. 65. & Exerc. 11. th. 12. & in deciſ. Sabbat. dec. 29. c. 17.* Ubi ſimul ad leges allegatas reſpondet, refutatus a *Parente in Collat. ad Struv. d. l.* Quo me remitto.

Atque hæc ſententia communi Doctorum calculo probatur *Treutl. h. §. 5. lit. f. ibique late Dd.*

QV. VI. *An dominus ſuum tignum alienis ædibus junctum vindicare poſſit?*

NEG. *L. 23. §. 6. h.* Ne urbs ruinis deformetur. *L. 1. pr. tign. junct.*

OBJ. (1) *L. fin. tign. junct.*

RESP. Loquitur de caſu ubi junctum amplius non eſt, nam *extrinſecus* datur rei vindicatio.

OBJ. (2) *L. 98. in fin. ſolut.*

RESP. Poteſt omnino vindicare, at ſine effectu, nam juxta verba legis ſuſpenditur actionis effectus, donec vel pretium ſolutum ſit, *d. l. 98. junct. §. 29.*

29. Inst. R. D. vel solutæ sint ædes. *d. l. 98. junct. l. f. tign. junct. & §. 29. in f. Inst. R. D.*

Qv. VII. *An actor rei vindicationem instituens titulum exprimere debeat?*

Laut. p. 117. *in fin.* verb. *probare debet se dominum.*

NEG. Sed sufficit, si rem meam esse dico, & tunc omnes causæ una petitione adprehenduntur. *L.* 14. §. 2. *Exc. rei jud.*

OBJ. Quod in actionibus personalibus debeat titulus allegari.

RESP. Ratio differentiæ explicata est *sup. p.* 181.

At alia quæstio est: An actor, qui titulum allegavit, mutare & alium titulum allegare, vel condemnatus ex nova causa agere possit?

RESP. *Vel* actor *in genere* petit dominium non allegata speciali dominii causa, tunc omnes speciales dominii causas in judicium deduxisse videtur: *c. 3. de re jud. in 6. l.* 14. §. 2. *l.* 11. *ff. 5. d. Exc. rei jud. Vid. supr. q.* 1. quia res semel tantum mea esse potest. *d. l.* 14. §. 2.

Effectus insignes hi sunt (1) quod actor pendente lite mutare *opinionem* tituli specialis usque ad sententiam possit. *d. l.* 1. §. 5. (2) Quod reus condemnari possit, etsi actor pendente lite dominium demum acquirat, adeo ut nec novam actionem instituere, nec expensas restituere teneatur. *Vid. supr. q.* 1. (3) quod is, qui ex generali dominii titulo in causa obtinuit, non possit ex speciali titulo eandem rem petere. *l. 5. ff. Exc. rei jud.*

Vel actor ex *speciali* titulo dominium petit, tunc illa sola causa in judicium deducta est, adeoque ea non probata reus absolvitur, etsi velit aliam & veram causam pendente lite allegare, repellitur enim exceptione rei judicatæ. *l.* 11. §. 1. & 5. *Exc. rei jud.*

At nova actione & separato judicio causam agere potest, restitutis expensis. *d. c. 3. l. 3. l. 4. l. 5. Exc. rei jud.*

Neque OBSTAT *l.* 11. §. 5. *Exc. rei jud.* ibi: *utpote opinabatur ex causa hæreditaria se dominium habere, mutavit opinionem & cœpit putare ex causa donationis, hæc res non parit petitionem novam: quam qualecunque & undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit:* Hic ergo is, qui ex causa hæreditaria dominium petiit, & postea id ex causa donationis petere vult, repellitur exceptione rei judicatæ, adeo ut nec nova actione rem petere possit.

RESP. Agit textus de casu priori, ubi actor *in genere* dominium petiit, non allegata causa hæreditatis, etsi ipse existimaverit se ex causa hæreditatis

jus

jus habere: tunc enim verum eſt, prima vindicatione generali qualecunque dominium veniſſe.

Qv. VIII. *An bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales perceptos acquirat?*

AFFIRMATVR. *L. 48. pr. A. R. D. l. 28. Uſur. l. 13. Quib. modis Uſ. am. l. 78. ff. h.* Modo (1) bona fides tempore perceptionis adſit, *L. 48. pr. & §. 2. A. R. D.* quia ſcil. perceptio facti eſt, ex facto autem vitioſo jus acquiri non poteſt. *B. Par. in Diſp. de jur. ſem. ſect. 3. §. 22. & in Diſp. de Jur. ejus quod fact. eſt, ſect. 3. per tot. & Diſp. de finibus bonæ fidei etc. Sect. 1. §. 11. & late ſeq.* & (2) poſſeſſor præterea titulum habeat. *§. 35. Inſt. Rer. div.* verb. *aliave juſta cauſa. arg. l. 45. de uſur.* verb. *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris. dict. Diſp. de Jur. ſem. ſect. 3. §. 22.* Hic ergo modus acquirendi fructus ex re aliena nititur bona fide, magisque titulo dominii translativo; nam poſſeſſor, qui bonam fidem juſtumque titulum habet, poteſt haberi pro domino, ſane error ille juſtus eſt, ut videatur res alicui propria quam acquiſivit juſto titulo, i. e. ex cauſa ſua natura dominii translativa; Unde hactenus recte dicitur, bonam fidem idem præſtare ac veritatem. *l. 136. R. I.*

Laut. pag. 117. verb. *perceptos fructus quoscunque.*

Secus ergo ſi talem titulum non habeat poſſeſſor, tunc enim nec inſtar domini nec talis poſſeſſor erit, qui ſibi rem tenet; ſed ſi quid in re agit, res & negotium alterius eſt, & mera negotii geſtio, *d. l. 45. Uſuris. l. 6. §. 3. Neg. geſt. l. fin. Eod. l. 33. Cond. ind.* ejusque cauſa non erit dominium, vel jus in re, ſed obligatio, quaſi contractus, & jus ad rem. *dd. LL.* Eritque geſtor alieni negotii, etſi aliud ſentiat, quia ſi neſcit, is error rei ſine cauſa geſtæ injuſtus erit; uti plenius demonſtratum eſt *ſup. p. 288.* Et talis poſſeſſor tenetur fructus omnes ex geſto perceptos reſtituere; ſi bona fide percepit, condictione ſine cauſa, ſi mala fide, condictione ob injuſtam cauſam, ſive actione de dolo. *tot. tit. de condict. ſine cauſa &c.* Neque poſſeſſor obtinebit titulo pro ſuo, qui non indiſtincte obtinet, ſed ex juſta opinandi cauſa, qualis non eſt ſi juſtus titulus vel ejus juſta opinio præceſſit, *l. 3. l. 4. l. f. Pro ſuo. B. Par. Hyp. Inſt. de Rer. div. §. 6.* Sane depoſitarium, creditorem hypothecarium &c. bonæ fidei poſſeſſores eſſe negari nequit, neque tamen eos lucrari fructus inter omnes conſtat.

Atque ita in genere in praxi receptum eſt bonæ fidei poſſeſſorem lucrari fructus etiam naturales. *H. Piſt. l. 4. q. 26. n. 17. Carpz. part. 3. conſt. 32. def. 28. Vinn. l. 1. q. 25. Struv. h. §. 21. Mev. p. 2. dec. 213. n. 1. & part. 4. dec. 366. Cothm. Vol. 5. Reſp. n. 13. & Vol. 4. Reſp. 1. n. 48.*

DISSENTIT *Bach. ad §. 35. Rer. div. Pinell. ad l. 2. C. Reſc. vend.*

Sed regulam illam tantum veram eſſe de bonæ fidei poſſeſſore, qui titulum

lum habet in terminis, asserunt *B. Par. dict. Disp. de Jur. sem. sect.* 3. §. 22. *Bart. ad l.* 35. *R. Vind. Glossa in d. l.* 35. *Oldend. dict. class.* 3. §. 2. *Sichard. in l. f. C. h.* Atque ita in curia Halberstadiensi decisum est tum in causa Delius contra Olthoff, tum in causa Arnd Sandau contra Hanemüller.

DISSENT. *Treutl.* §. 11. *h. lit. b. ibique late Dd.*

OBJ. (1) §. 36. *Inst. de Rer. div.* ubi possessor tantum acquirit fructus *pro cultura & cura*, ergo tantum industriales.

RESP. (1) Ea est ratio æquitatis, non vero adæquata juris civilis, nam cum ob titulum civiliter pro domino habeatur, ex ratione juris civilis dicendum est, eum jure dominii omnes lucrari fructus. *l.* 48. *pr. A. R. D.* nec (2) sequitur, accipit fructus pro cultura & cura, ergo tantum quos coluit, nam pro hac opera omnes deberi possunt.

OBJ. (2) *l.* 40. *A. R. D.* ubi qui servum bona fide possidet, non nisi ex re ipsius & operis acquirit, non ergo naturales ex re domini.

RESP. Quia illi soli sunt fructus servi, non quia sunt industriales: Servi enim fructus alii naturales quam qui ex re & operis servi proficiscuntur nulli sunt, quod enim ex re domini oritur, non est fructus servi sed *illius* rei; Adeoque ex hac ipsa lege evincitur b. f. possessorem omnes fructus acquirere.

OBJ. (3) § 45. *Usur.* Ubi conjux ex re donata tantum acquirit industriales, non naturales.

RESP. Quia conjux in industrialibus titulum habet, donatio enim valet hoc casu, quia non fit locupletior ex re donata, sed ex sua industria, *d. l.* secus in fructibus naturalibus, hos enim lucraretur ex re donata, quod legibus prohibitum est, indeque quoad hos deficit titulus.

Atque hic est verus sensus adeo agitatæ legis 45. *de Usuris*, de quo adeo disceptant Dd. apud *Mull. ad Struv. d. l.* Recte enim ibi dicitur fructus ex donatione conjugis non fieri, *sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris*, uxor enim ob defectum tituli fructus non acquirit, etsi forte in bona fide sit, non enim quilibet b. f. possessor fructus acquirit, sed tantum ille qui titulum habet.

INST. quod in *l.* 8. *C don. int. conj* uxor acquirat omnes fructus dotis, quos consumsit consensu mariti, quatenus non est locupletior facta, adeoque uxor etiam naturales acquirit.

RESP. Si non est facta locupletior, valet titulus donationis. *l.* 5. §. 8. *l.* 16. *l.* 75. *ff. don. int. conj. l.* 7. §. 2. *eod.*

Qv. IX.

Qv. IX. *An talis bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos reſtituat, ſi locupletior factus eſt?*

NEG. (1) Quia tanquam dominus ex re ſua factus eſt locupletior. *L. 48. pr. A. R. D.* (2) per *L. 4. §. 2. Fin. reg.* ubi dicitur lucrari eum debere fructus, quod falſum eſſet, ſi teneretur reſtituere. (3) *L. 4. §. 19. Uſuc.* Ubi res vitioſæ bonæ fidei poſſeſſoris fiunt citra uſucapionem, ergo idem jus habet quod per uſucapionem acquiritur. (4) Quali nam actione conveniretur poſſeſſor? Non *reali*, quia res non extat, non *perſonali*, quia nullum negotium alienum geſtum eſt, ſed proprium.

Laut. pag. 117. verb. *licet inde locupletior &c.*

OBJ. (1) *L. 32. R. C.* ubi ſi quid ex re mea penes alium eſt, ex eo actio datur.

RESP. Si ſcil. ſine cauſa penes alium eſt; hic eſt cauſa, nimirum bona fides & titulus: Vid. *q. præced.*

OBJ. (2) Quod conſumti non videantur quatenus poſſeſſor eſt locupletior factus.

RESP. Imo realis actio deficit, ſi ſpecies non extat, & tum in realibus res conſumta eſt.

OBJ. (3) Exempla plurium negotiorum, in quibus quis ideo tenetur, quod locupletior ſit factus ex re. *l. 70. §. f. LL. ſeq. de leg. 2do. Struv. Ex. 11. th.* 23.

RESP. Hic non fit locupletior ex re aliena ſed quaſi ſua, indeque non contrahit negotium, ſed tanquam dominus agit.

OBJ. (4) Quod nemo debeat locupletari cum alterius jactura.

RESP. (1) Hæc æquitas obtinet in perſonali, non vero in reali actione, & ubi titulus eſt dominii cum bona fide. (2) Non fit locupletior ex re aliena, ſed ſua, *arg. d. l. 48. pr.* & ſic non eſt jactura alterius, quod jure ejus amplius non fuit.

OBJ. (5) *L. 1. C. Pet. hær. l. 20. §. 13. ſeq. ff. Eod.* ubi b. f. poſſeſſor fructus reſtituit quatenus eſt locupletior factus.

RESP. Loquitur de hærede, adeoque de b. f. poſſeſſore univerſali, qui non eſt inſtar domini, ſecus ac in ſingulari.

Idque in praxi generaliter mutatum non apparet. *B. Par. dict. Diſp. de Jure ſem. ſect.* 3. §. 21. Ubi allegat *H. Piſt. l. 4. q. 25. n. 6. & ibi S. Piſt. in not. lit. b.* Conf. *Strauch. ad Jus Juſtin. Diſſ. 18. th. 10. Curt. Jun. conſ. 28. n. 3. Curt. ſen. Conſ. 71. & late Dd. apud Muller. ad Struv. Ex. 11. th. 23.*

DISSENTIT *Carpz. p. 3. Const. 32. def. 28. Struv. Ex. 11. th. 23. & late Dd. apud Mull. in not. ibid.* Sed vide *dict. disp. §. 21. & Dn. Stryk. U. M. h. §. 12.*

Qv. X. *An bonæ fidei possessor fructus exstantes restituat?*

Laut. pag. 117. verb. & exstantes &c.

AFFIRM. *L. 22. C. Rei Vind. Laut. h. p. 117.* quia realis actio & dominium verum durat quamdiu res & fructus extant; verum autem dominium quoties concurrit cum ficto præfertur, & fictio cedit veritati.

OBJ. *L. 28. verb. pleno jure ff. de Usuris.*

RESP. Duplex est plenitudo juris tum quoad potestatem disponendi & consumendi, quæ præcipua est; tum quoad perpetuitatem; *Priori* sensu plenum dominium bonæ fidei possessor habet, uti hæres, qui rogatus est, rem restituere, interim pleno jure dominus est: At *posteriori* sensu non est plenus dominus, sed si quid penes eum exstat, restituere debet.

Atque ita sentiunt Dd. plerique, *Stryk. U. M. h. §. 12. Struv. h. §. 22. Vinn. l. 3. q. 26.* Si tamen triennio possedit fructus, jure Usucapionis irrevocabiliter suos facit, arg. *l. 4. §. 19. de Usurp. Carpz. apud Laut. d. l. Dd. apud Müll. ad Struv. d. §. 23.*

An hoc etiam de exstantibus industrialibus verum est?

AFFIRM. A. *Fab. l. 4. Conj. 17. Treutl. h. §. 11. lit. d.* Dissent. *Donell. 4. com. 25. & seq.* propter *l. 45. Usur.* sed recte refutatur a *Fach. l. 1. controv. 57. & Struv. h. §. 22. evol.* rationem vero, cur in *d. l. 45.* uxor industriales lucretur, dedimus *supra q. 7.*

OBJ. Quod causa acquirendi fructus sit cultura & cura, *§. 36. Inst. R. D. l. 28. Usur. d. l. 45.* adeoque industria quæsiti possessori acquiruntur.

RESP. Pro cultura & cura acquirit perceptos, non vero exstantes, nam in his verum dominium præferri ficto ipsa æquitas suadet. Conf. *Struv. dict. evol.*

Qv. XI. *An mala fides incipiat post litem contestatam?*

Laut. pag. 117. verb. Post litem contestatam &c.

AFFIRM. *L. 23. l. 40. A. R. D.* At, quia ex eventu demum apparet, num vere, num per calumniam lis mota sit, tacita litis contestationi inest conditio, si res actu postea evincatur. *l. 25. §. f. Usur.* & tunc retro habetur pro malæ fidei possessore; cujus rei effectus est, quod ex tempore litis contestatæ fructus percipiendos restituere debeat. *Donell. l. 4. Com. c. 24. Cuj. 7. ad Afric. ad l. 40. A. R. D. Müller. ad Struv. h. t. §. 19. Mev. p. 4. d. 143. Brunn. ad. l. 22. C. Rei vind.* Ut proinde hoc modo textus allegati invicem non obstent, in quibus conciliandis adeo desudant Dd. apud *Müller. d. l. Conf. Dn. Stryk. U. M.*

h.

h. §. *14.* Ubi de obſervantia fori. Atque ita quoque Curia Halberſtadienſis pronunciavit in cauſa Stempel c. das Baumeiſter-Amt. d. 14. Jun. 1694.

Qv. XII. *An malæ fidei poſſeſſor omnes fructus reſtituat, etſi titulum habeat?*

AFFIRM. Quia æque in mala fide eſt, qui ſciens rem a non domino emit, quam qui eam ſine titulo detinet: Regula autem generalis eſt, quod omnis malæ fidei poſſeſſor fructus etiam percipiendos reſtituere debeat, cui tamdiu inſiſtitur, donec probetur exceptio, ſed & clare id ita deciditur in *l. 1. C. fid. & jur. haſt.* Conf. *Struv. h.* §. *18, ibique Dd. H. Piſt. 4. q. 28. n. 6. Carpz. p.* 3. *conſt.* 32. *def.* 30.

Laut. p. 117. verb. Omnes reſtituere.

DISSENT. *Jaſon ad l. 39. de leg. 1. & allegati apud Hartm. Piſt. d. l.*

OBJ. *l. 17. C. R. V.* ubi tantum perceptos reſtituere tenetur.

RESP. Non excluduntur percipiendi, nam & expreſſe de iis id traditur in *d. l. 1.*

An vero uſuras fructuum quoque reſtituit?

NEG. per textum expreſſum in *l. 62. ff. R. V.* Quod plenius diſcuſſi ſupr. *ad tit. de pet. hær. q. 16.*

Qv. XIII. *An hæres malæ fidei poſſeſſoris teneatur uti defunctus?*

AFFIRM. Id quod itidem rationibus & dubiis illuſtratum eſt in titulo *De pet. hær. q. 20.*

EXCEPTIO eſt in iis fructibus, quos ipſe hæres bona fide percepit, hos enim lucratur; etſi locupletior factus ſit. *ſup. q. 8.* Secus ac in petitione hæreditatis. *dict. q. 20. in fin.*

Qv. XIV. *An fructus percipiendi æſtimentur a parte petitoris, an poſſeſſoris?*

Prius AFFIRM. in *l. 62. in f. R. V. l. 39.* §. *1. de Leg. 1. l. 4. C. unde vi.*

Poſterius in *l. 25.* §. *4. Pet. hær. l. 25. ff. h. t.* Conf. *ſup. tit. de pet. hær. q. 14.*

Utrumque verum eſt, nam æſtimantur fructus, qui adhibita diligentia ex re percipi poſſunt, tam quos petitor percipere potuiſſet, quam quos poſſeſſor. *dict. q. 14.*

INSTT.

INSTO. Ita actor duplex lucrum ex eadem re haberet.

RESP. Non est ex eadem causa, sed ex causis diversis, quod fieri potest; accedit quod in pœnam malæ fidei ab illa regula recedi possit.

QV. XV. *An judex judicet de fructibus ante litem contestatam perceptis & percipiendis, etsi non sint petiti?*

Laut. pag. 117. verb. ut judex hic possit &c.

RESP. Fructus *ante lit. contestatam* percepti & percipiendi non pertinent ad officium judicis, indeque hic de iis non pronunciat, nisi in specie petiti sint: (1) per *l. 28. §. 8. ædil. ed.* ubi quoque additur ratio, *quod ea quæ ante judicium contingunt, non pertineant ad judicem, nisi nominatim fuerint injuncta.* (2) per *l. 10. Usur.*

Post litem contestatam continentur officio judicis, *l. 38. §. 7. Usur. l. 10. Eod. l. 25. §. 8. ædil. ed.* ubi hæc additur ratio, *quia judici, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versantur:* At hoc verum tantum est in bonæ fidei judiciis, ubi omne id quod æquum & bonum est, ad officium judicis pertinet, *arg. d. l. 25.* junct. *d. l. 38.* Conf. *l. 31. pr. depos. l. 28. f. Obl. Act. §. 29. Inst. de Act.* Secus ac in stricti juris judiciis, ubi nihil in judicium deductum videtur, nisi quod verbis expressum est. *L. 99. V. O.*

EXC. (1) Ante litem quoque contestatam percepti & non petiti veniunt in hanc actionem, si clausula salutaris est adjecta: vid. sup. *pag. 184. Myns. 4. O. 55. Gail. l. 1. Obs. 151, n. 21. Stryk. U. M. h. §. 15.* (2) In petitione hæreditatis judex quoque judicat de his fructibus, quia illa actione universa hæreditatis causa, sub qua etiam fructus ex hæreditate percepti continentur, in judicium deducitur. *Carpz. p. 1. c. 26. def. 8. Proc. t. 16. art. 2. n. 26. seq.*

In praxi judicem de omnibus fructibus etiam ante litem contestatam perceptis & non petitis judicare posse, ait *Myns.* 4. *O.* 55. ubi de praxi Cameræ. *Gloss. ad l. ult. C. Quand. prov. Stryk. U. M. h.* §. 15. Sed rectius plerique secuti jus civile distinguunt inter fructus ante & post litem contestatam perceptos, *illosque* non venire in hanc actionem, ajunt *Tusch. h. §. 25. ibique late Dd. Laut. p. 117. & pag. 578. in f. Hos* venire quidem, sed non nisi in actionibus bonæ fidei, quia differentiæ bonæ fidei & stricti juris nullibi sublatæ sunt. Conf. *sup. tit. de pact. q. 20. in f.*

QV. XVI. *An malæ fidei possessor impensas fructuum & necessarias in rem deducat?*

Laut. pag. 117. verb. deducit tamen reus &c.

AFFIRM. Et quidem de priori impensarum genere id clare habetur in *l. 51. Fam. erc. l. 36. §. f. pet. hær.* de necessariis in rem id traditur in *l. 5. C. h. t.* nam

nam ipse dominus eas adhibere debuisset. Atque ita tenent Dd. communiter, *Cuj. 20. O. 1. Struv. h. §. 30.*

OBJ. Quod in repetendis impensis in consatione fundi mala fide facta idem sit quod in ædificatione; §. *32. Inst. Rer. div.* at ædificans mala fide non deducit impensas in rem factas, §. *30. Inst. Rer. div.*

RESP. Ponitur ibi regula, & in genere verum est malæ fidei possessorem non deducere impensas; *d.* §. *30.* nisi necessariæ sint. *d. l. 5.* Conf. omnino *Goth. ad d. §. 30. & Struv. Evol. ad h. t.* §. 3.

EXC. (1) Fur & violentus possessor non deducit, sed donasse censetur. *l. 27. §. 25. ad L. aquil. Laut. p. 117.* (2) In decimarum computatione etiam non deducuntur expensæ mala fide pro iis colligendis factæ. *c. 28. de decim.* Idque hodie quoque in nostris decimis nobilibus aliisve competentibus obtinere ait *Müll. ad Struv. h.* §. 30. *lit. E. ibique Pfaffenreut. de exp. & Mel. th.* 14. *& seq.*

QV. XVII. *An ei, qui non deductis impensis rem restituit, actio ad eas repetendas competat?*

NEGATUR. (1) Quia bonæ fidei possessor, qui cum titulo agit, & instar domini est, suum negotium gerit, non alienum, unde actio ipsi non datur. (2) Idque ita traditur in *L. 48.* verb. *Neque a domino peti possunt &c. h. t. L. 33.* verb. *nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse &c. de Cond. indeb. L. 14. §. 1.* verb. *hoc enim casu ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo. ff. Comm. divid. L. 14.* verb. *is qui in alieno solo ædificat, non aliter sumtus consequi potest, quam si possideat &c. ff. dol. mal. exc.* Atque hinc (3) ex æquitate tantum retentio earum datur, in quantum melior est factus fundus. *d. l. 48. ibique Goth. l. 27.* §. *f. eod. l. 11. C. Eod.* §. 30. *Inst. Rer. div.* Conf. *l.* 36. *§. f. pet. hær. l. 57. pr. Fam. erc. d. l.* 33. *d. l. 14. §. 1.* quod beneficium si negligat, sibi imputare debet, quod, cum potuerit, non deduxerit impensas. *l.* 203. *R. J.*

Laut. pag. 117. verb. *Utiles b. f. poss. deducit.*

Atque hoc adeo verum est, ut (1) Nec *actio negotiorum gestorum* detur, *tum*, quia nullum negotium gestum est, negotium enim est, cum quis titulo destitutus gerit rem alienam, *l. 6.* §. *3. Neg. gest.* hic autem negotium non est, neque a parte domini, qui rem suam jure dominii recipit & occupat, *l.* 33. *Cond. ind.* neque a parte possessoris, quippe qui tanquam dominus in rem suam impendit, *d. l. 14. Tum* quia non oritur obligatio, nisi cum alio agatur, *d. l. 14. Comm. div.* at possessor non agit cum alio, sed de re sua disponit. *ibid.*

Aliud est in petitione hæreditatis, ibi enim bonæ fidei possessor id quod in hæreditatem impendit, repetit actione negotiorum gestorum. *l. 14. §. 11. ff. Relig.*

Relig. l. 50. §. 1. ff. Pet. hær. l. fin. in f. Neg. gest. Nam hæreditas quidem impensis ipso jure minuitur, *dd. ll.* nunquam vero res singularis. *l. 5. pr. Imp. in rem. dot.* Quæ plenius explicata sunt supra *tit. de Neg. gest. q. 4. & 5.*

Obj. (1) *L. 5. C. de R. V.* Ubi de malæ fidei possessoribus dicitur, quod ideo non repetant impensas, quia non gerunt negotium eorum, quorum res est; unde a contrario sequi videtur bonæ fidei possessorem gerere negotium, indeque impensas repetere.

Resp. Argumenta a contrario in jure sæpius fallunt, quod imprimis hic verum est, ubi bonæ fidei possessor, ideo quia in re sua versatur, repetere impensas nequit. Conf. *Struv. Evol. ad th. 36. h.*

Obj. (2) Quod in *d. l. 5.* malæ fidei possessor dicatur repetere sumtus necessarios, ergo actionem habet.

Resp. Repetitur impensum, dum deducitur ex aliis rebus. *Struv. d. l.*

Obj. (3) *L. f. §. 1. in f. C. Pet. hær.* verb. *si hoc fuerit prætermissum negotiorum gestorum vel ex lege condictione.*

Resp. Non loquitur de impensis in rem, sed de solutione debitorum hæreditariorum, tum datur actio, quia verum hæredem liberavit, & sic revera ejus negotium gessit. Vid. *Struv. in evol. ad* §. 36. *h.* Sed & aliud esse in possessore hæreditatis ante demonstratum est.

Obj. (4) *L. 6. §. 3. Neg. gest.*

Resp. Ibi alienum negotium gestum est.

Obj. (5) *L. 8. pr. pign. act. L. 7. §. ult. sol. matr.*

Resp. In utroque textu possessor gessit negotium alienum, & impendit aliquid in rem alienam.

Neque (II.) dabitur *condictio*, sive indebiti, sive sine causa, quia omne remedium præter retentionem denegatur. *L. 48. h. L. 33. Cond. ind. L. 14. dol. mal. Exc.*

Obj. (1) Quod toties detur condictio indebiti, quoties quis per errorem indebitum solvit. §. *6. Inst. obl. quæ quas. ex contr.*

Resp. Verum hoc est, nisi error ille lege improbetur, uti in hoc casu, ubi lex possessori tribuit deductionem, tunc enim sibi imputare debet, si eam negligit. Conf. *Struv. in evol. ad* §. 36. *h.*

Obj. (2) Quod tamen dominus rem suam meliorem accipiat, indeque lucrum ex re aliena sine causa habeat, quod condici potest. *L. 1. ff. Cond. sine causa.*

Resp.

RESP. Cessat hæc regula, ubi condictio legibus prohibetur, uti hic, vid. *l. 48. h. t. l. 14. ff. dol mal. exc.*

OBJ. (3) *L. ult. §. 1. f. C. Pet. hær.* verb. *vel ex lege condictione.*

RESP. Sed ei jam ante satisfactum est.

OBJ. (4) Quod nemo debeat locupletari cum alterius jactura, *L. 4. Cond. ind.*

RESP. Nisi fiat lege permittente, & in pœnam negligentiæ, uti ex re judicata, per usucapionem, ita & hic ob neglectam detractionem.

OBJ. (5) *L. 32. Reb. Cred.*

RESP. Ibi non agitur de impensis, sed de casu, ubi dominus plus suo habet ex solutione possessoris, hoc enim restituere debet, neque ibi pœna illa negligentiæ obtinet.

Atque hanc sententiam de jure tuentur communiter Dd. At moribus condictionem dari omnes uno ore fatentur. *Struv. h. §. 36. Vinn. ad §. 36. Inst. tit. Rer. div. §. 37. Grœnw. ad d. §. 30. Rer. div. Müll. ad Struv. Ex. 27. th. 18. lit. i.*

LIB VI. TIT. II.

DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

QV. I. *An traditio requiratur etiam in re legata?*

NEG. per *l. 1. in f. l. 2. ff. h. t.* quia uti verum ita & fictum dominium ipso jure acquiritur per legatum. Conf. *l. 12. §. 1. l. 15. ff. h.* Atque hanc sententiam probat *Struv. h. §. 43. ibique Dd. Vinn. ad §. 4. Inst. de act. n. 2. & 7. Müller. ad Struv. d. l. Stryk. U. M. h. §. 2.*

Laut. pag. 118. verb. *etiam de jure stricto in re legata.*

DISSENTIT *Böckelm. h. t. §. 4.* & traditionem requirit, propter *l. 25. Usurp. l. 1. l. 2. l. 5. Pro leg. l. 44. §. f. l. 45. §. f. Usurp. junct. §. 4. in f. Inst. act.* sed agunt illi textus de usucapione, quæ possessione nititur, & sic non nisi vera traditione perficitur, publiciana autem, uti vindicatio, nititur jure dominii, & sic hactenus speciale quid est in publiciana: Conf. *d. l. 2.*

DISSENTIUNT quoque *Strauch. Disp. de Publ. in rem act. th. 4. & Dd. apud Mull. d. l.*

OBJ. *L. 1. pr. l. 7. §. f. h.* ubi traditio requiritur.

RESP. Loquuntur textus de eo quod plerumque fit, non vero excluduntur casus, ubi ipso jure dominium transit, ut in legato &c. *d. l. 2.*

QV. II. *Quis potior sit, si duo eandem rem a non domino acceperunt?*

Laut. pag. 119. verb. Si idem non dominus &c.

RESP. Si ab *eodem non domino* acceperunt, præfertur is, cui prius res tradita est; *l. 31. f. Act. emt.* adeo ut etiam a posteriori vindicari per publicianam possit: nam per traditionem jus in re acquiritur, quod potius est jure posterioris. Neque enim traditio posterior potior videri potest, qua contra factum suum prius venit, neque hactenus par ratio & causa utriusque actus erit. Conf. *Vinn. Inst. tit. act. §. 4. n. 7. B. Par. Hyp. Inst. tit. de act. §. 7.*

Secus si duo eandem rem a *diversis non dominis* acceperint, tunc ille qui possidet præfertur, jam enim par causa est, & sic melior est conditio possidentis. *L. 9. §. 4. in f. h.* nam in hoc casu, quo a diversis non dominis accepere tanti non est, quod unus prior accepit, quam quod alter possidet; *quod in* priori casu dici non poterat, quia idem non dominus non potest eo usque contra factum suum venire, ut priori præjudicet; Conf. *Vinn. d. l. Coccej. Hypomn. Inst. d. l.*

Varie DISSENTIUNT Dd. Vide *Struv. h. §. 45. ibique Dd. & §. 46. ibique Mull.*

QV. III. *An is, qui ignorans a furioso emit, publicianam habeat?*

Laut. pag. 119. verb. Si qui ignorans a furioso &c.

RESP. Non habet publicianam ex *titulo speciali* pro emtore: (1) quia titulus ille ipso jure nullus est, indeque allegari vel ex eo jus acquiri non potest. Conf. *l. 2. §. 16. pro emt.* idque (2) ita traditur in *l. 2. § pro emt.* ubi id specialiter in usucapione receptum esse dicitur, quod ad alia extendi non debet. *L. 14. ff. de Legibus.* Imprimis cum specialis sit utilitatis ratio in usucapione, ut scil. tandem dominia rerum certa sint; publiciana autem dominia certa non reddit: Atque de titulo speciali ibi agi apparet tum ex rubrica tituli, tum ex textu ipso.

At ex *titulo generali* pro suo publicianam emtori competere certum est, quia qui ignorans a furioso emit, justam opinandi causam habet rem suam esse, deficiente autem speciali titulo, toties valet titulus pro suo, quoties probabilis causa est, *l. 3. l. pen. §. f. l. f. ff. pro suo.* Et de hoc igitur casu intelligi debet textus generalis in *l. 7. §. 2. & 4. h.*

OBJ.

OBJ. (1) Omni titulo ſpeciali ineſt titulus pro ſuo. *L. 27. ff. Uſuc.*

RESP. At non ſemper allegatur, aliquando enim ex ſpeciali agitur, aliquando ex generali; & multum intereſt, uti mox videbimus.

OBJ. (2) Qui in conditione uſucapiendi eſt, publicianam habet. *§. 4. Inſt. Act.* At qui a furioſo emit, eſt in conditione uſucapiendi, *d. l. 2. §. 16.* Ergo &c.

RESP. In uſucapione id ſingulariter & ex utilitate conſtitutum eſt, *d. l. 2.* indeque ex cauſa ante allegata ad publicianam extendi non debet.

OBJ. (3) *d. l. 7. §. 2. h. t.* Ubi ideo emens a furioſo publicianam habere dicitur, quia uſucapere poteſt.

RESP. Omnino publicianam habet, ſed quæritur ex quo titulo? Non ex ſingulari, etſi ex eo uſucapiat, *d. l. 2.* ſed ex generali pro ſuo, *d. l. 7.*

Varie de conciliandis his textibus laborant Dd. *Goth. ad d. l. 7. & d. l. 2.* Plerumque cum *Lauterbachio h. t.* ſtatuunt diſtinguendum eſſe, an emtor agat publiciana contra furioſum, an contra tertium: Illo caſu non dari publicianam, *d. l. 2.* at hoc caſu dari, *d. l. 7.* ſed (1) hoc divinatorium eſt, (2) neque illa contraria illatio in *d. l. 7. § 2.* hoc modo tollitur; neque huc quadrat, quod in *d. l. 2.* de acceſſione poſſeſſionis dicitur.

Plurimum autem intereſt an agatur ex titulo pro ſuo, an titulo ſpeciali, (1) quia titulus pro ſuo non ſufficit, niſi probetur juſta cauſa, at ubi titulus ſpecialis eſt, non opus eſt ut juſta opinio probetur, quæ intelligitur ex titulo dominii translativo, quo qui accipit, non potuit non putare ſuum eſſe, cum neſciret dantem dominum non eſſe, quæ ignorantia eſt probabilis in facto adeo occulto tertii. At ſit nullum titulum ſpecialem habet, omnia in contrarium ſunt, nec enim intelligi quis poteſt jure putare ſuum, qui titulum non habet; (2) Infirmior quoque eſt titulus generalis, indeque non datur contra eum, qui titulo ſingulari poſſidet, quia in hoc certum eſt, juſtum eſſe dominium, indeque alter ad probationem juſtæ cauſæ non admittitur; ſed & (3) qui ſpeciali titulo accepit contra poſſeſſorem ex titulo generali, infirmiori quippe jure utentem, publiciana utitur. (4) In titulo pro ſuo plura requiruntur, ſcil. ut certiorem faciat dominum ſi poſſit, alias clam poſſidere dicitur. *L. 4. ff. pro ſuo &c.*

QV. IV. *An mala fides ſuperveniens tollat publicianam jure Civili vel Canonico?*

Diſſent. Laut. p. 119. verb. Mala fides ſuperveniens &c.

Utroque jure id AFFIRMAMUS. De JURE CIVILI id patet (1) quia publiciana conſiſtit in facto, dum agit, & repetit amiſſam poſſeſſionem; at nunquam poſſeſſori ullum jus ex facto ipſius tribuitur, niſi eo tempore, quo agit, bonam fidem habeat, uti hæc ratio exprimitur in *l. 48. §. 1. A. R. D.* &

& exemplis plurimis illustrat *B. Par. in disp. de finib. bon. fid. Sect. 1. §. 11. 12. & 13.* (2) per *l. 7. §. f. h.* ibi: *Nec sufficere initio traditionis ignorasse, rem alienam, ut quis possit publiciana experiri, sed oportere & tunc* (scil. cum experitur) *bona fide emtorem esse.* (3) Quia publiciana tantum datur ei, qui est in conditione usucapiendi, *l. 11. §. 4. h.* at ille qui sciens rem alienam esse ejus amissæ possessionem repetit, non est in conditione usucapiendi: *L. 15. §. 2. Usurp.* Ergo &c. (4) per text. in *l. 11. §. 3. h.* ibi: *si modo eo tempore quo experiar, matrem furtivam ignorem.*

OBJ. (1) Quod mala fides superveniens non impediat usucapionem. *L. 48. §. 1. A. R. D.* Ergo nec publicianam *§. 4. in f. Inst. act.*

RESP. Singulare est in usucapione, & rationem differentiæ statim explicabo.

OBJ. (2) *L. 7. §. 14. h.* ubi illud, quod dolo malo post emtionem factum est, in hanc actionem non deducitur.

RESP. Lex non loquitur ibi de m. f. superveniente, de qua demum in §. 17. agit, nec dicitur, quod ille publicianam non habeat, sed loquitur de venditore, qui post emtionem circa contractum dolum incidenter committit, & quæritur, an hic dolus per publicianam vindicari possit? Quod negatur, quia dolus propria actione vindicari debet: adeoque plane alius ibi casus est.

Alia ratio est in usucapione, hæc enim jure civili non impeditur per malam fidem supervenientem, cujus rei rationem ex *l. 48. §. 1. de A. R. D.* egregie exponit *B. Parens.* in *dict. Disp. Sect.* 1. §. 14. & 15. Quia in usucapione solum initium, scil. negotium quo possessor a non domino capit, facto possessoris fit, adeoque hoc solum initium bona fide fieri debuit; eo vero rite gesto, & re bona fide & justo titulo accepta, dominium post certum tempus, quo continuari debet possessio, sine novo hominis facto atque negotio, sola potestate legis, & vi juris, adjicitur. Atque ita in ea saltem parte usucapionis, quæ non facto hominis, sed potestate juris perficitur, lex non requirit bonam fidem.

JURE CANONICO circa publicianam nihil mutatum, at circa usucapionem hoc noviter constitutum est, ut ea per malam fidem supervenientem interrumpatur. *c. f. x. Præscr.* Hinc male Dd. (1) quærunt an hæc constitutio juris Canonici etiam ad publicianam pertineat? cum hoc ipsum sit jus civile: Et pejus (2) id negant ac hodieque malam fidem supervenientem non excludere publicianam contendunt, addita ratione, quia correctio juris Canonici non debet extendi ad causam hanc favorabiliorem. *Laut. h. p. 119.* Pessimam autem hanc esse rationem vel exinde patet, quod favorabilior longe sit causa usucapionis, quam publicianæ; quia per illam dominia certa redduntur, quod publice interest. *l. 1. Usurp.* Et multa admittuntur ex utilitate in usucapione, quæ non admittun-

mittuntur in publiciana. *L. 2. §. 16. pro emt.* ſed & jam dixi non opus hic eſſe extenſione, quia id ipſum jus civile eſt.

Obj. Quod cauſa, cur jure Canonico ſemper bona fides in uſucapione requiratur, hæc ſit, ut dominus tutus maneat, hanc vero rationem ceſſare in publiciana, quippe quæ non datur contra dominum. *Struv. h. §. 42.*

Resp. Imo nullibi hæc ratio conſtat, ſed ideo ſemper bona fides requiritur, quia quicquid ex fide non fit, peccatum eſt, ex quo proinde acquirere poſſeſſor nihil poteſt, *c. 4. c. f. X. præſcr.* hæc ratio æque obtinet in publiciana.

Dissentiunt Doctores comm. Et jure Civili malam fidem ſupervenientem excludere publicianam contendunt *Struv. h. p. 47. Laut. h. p. 119. Treutl. h. §. 13. ibique Dd.* Sed & J. Canonico id mutatum eſſe quidam affirmant, *Struv. & Laut. d. l.* quidam negant. *Treutl. d. l.* Adeo hic fluctuatur. Conf. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 4.*

Qv. V. *An etiam vero domino hæc publiciana detur?*

Resp. Non datur qua tali, quia eatenus habet rei vindicationem, *L. 1. §. 1. h. l. 18. de pign.* at datur ceu bonæ fidei poſſeſſori, ut evitet probationem dominii, quam vindicans ſuſcipere debet: *arg. l. 1. §. 4. Quod leg.* Indeque utramque cumulari poſſe praxi receptum eſt, *arg. d. l. 1. §. 4. Gail. 1. O. 62. n. 4. & 5. Laut. h. p. 119. ibique Dd. Treutl. h. §. 13. lit. a. Struv. §. 44. h. t. Vinn. ad tit. de act. §. 4. n. 4.*

Laut. pag. 119. verb. Non etiam vero domino &c.

Obj. Quod non conſulatur iis, quibus jus civile conſulit.

Resp. Imo hoc ſæpius fallere probat. *Vinn. d. l.*

Qv. VI. *An publiciana quoque detur contra eum, qui pro hærede poſſidet?*

Affirm. Quia titulus pro hærede infirmior eſt aliis titulis dominii translativis, utpote cum ſub hæreditate etiam res commodatæ, &c. contineantur. Conf. *Struv. h. §. 47.* at publiciana datur contra omnes qui infirmiori jure poſſident. *L. f. in f. L. 9. §. 4. h.*

Laut. pag. 119. in fin. verb. Qui jus infirmius &c.

Exc. Si hæres probet defunctum hanc rem juſto dominii titulo poſſediſſe, tunc enim non amplius infirmiori titulo poſſidet, & ſic publiciana contra eum non datur. *d. l. f. d. l. 9.*

Varie diſſentiunt Doctores: *Alii* enim ſimpliciter negant hoc caſu publicianæ locum eſſe, *Treutl. h. §. 14.* *Alii* ſimpliciter affirmant. *Zaſ. in ʃ. ſed iſtæ &c. Inſt. act. n. 26.* *Alii* noſtram exceptionem admittunt, ſed petitori injungunt probationem, quod defunctus ſine titulo poſſederit: *Struv. h. t. § 46.*

Obj.

OBJ. Quod ille qui pro hærede possidet putet se dominum esse.

RESP. Imo injusta est hæc opinio, quia sub hæreditate plures res commodatæ, pignoratæ &c. inveniri possunt, indeque qui se dicit hæredem, non statim quoque asserit, nec jure asserere potest, se esse dominum.

QV. VII. *An aliquando etiam justum dominium elidatur per modum exceptionis vel replicationis?*

Laut. pag. 120. verb. *Exceptis quibusdam &c.*

AFFIRM. Quoties dominium vel facto domini, vel lege, effectu destituitur, *Vid. l. 70. R. V.* nam justum dominium est, quod jure pro dominio habetur; non autem potest jure pro dominio haberi, quod juris effectu caret, i. e. ubi justum illud dominium vel exceptione vel replicatione eliditur.

Casus autem hi sunt: (1) Si dominus est hæres ejus qui alienavit, tum factum defuncti præstare debet. *l. 72. R. V. l. 4. §. 32. dol. mal. Exc.* indeque si *agit* publiciana, exceptione doli, si *convenitur*, replicatione doli repellitur. *d. l. 72.*

Idem quoque est (2) si dominus idem præstare debuisset quod possessor tradidit; uti si ex causa noxali tradidit non dominus, tunc etiam justum dominium repellitur exceptione vel replicatione doli. *l. 28. de Nox. act. l. 18. §. 15. Damn. inf.*

(3) Si domini jus per restitutionem in integrum sublatum est, vel tolli potest; nam nec hoc casu dominium cum effectu est. *l. 31. Ex quib. caus. maj. l. 24. Exc. rei jud. l. 7. §. 7. h.*

(4) Si per jusjurandum vel judicatum alius obtinuit, eoque jus domini sublatum est, etsi enim hic ipso jure Dominus maneat, tamen effectu destituitur. *l. 7. §. 7. h. l. 24. Exc. rei jud.*

(5) Si quis volente domino rem vendit, sed eo invito eam tradidit, ipso jure quidem manet dominus, sed emtorem defendit Prætor, non tantum si rem possidet, sed & si eam petit a domino, nam si forte hic opponat exceptionem dominii, repellitur replicatione doli, quoad contra suum mandatum venerit. *l. 1. 4. h.*

LIB. VI. TIT. III.

SI AGER VECTIGALIS i. e. EMPHYTEVTICARIVS PETATVR.

QV. I. *An contractus emphyteuticus origine sit Romanus, an juris Gentium?*

Laut. pag. 120. verb. *Origine Romanus.*

RESP. Origo hujus contractus est ex jure gentium, quia eadem est, quæ emtionis & locationis, *§. 3. Inst. loc.* quæ sunt negotia J. Gentium, *§. 2. Inst.*

Inst. J. N. G. & Civ. At potest dici Romanus, quatenus a Zenone nova forma ei data, novumque nomen impositum est, ita ut non amplius diceretur vectigal, sed emphyteusis.

Accurate tamen loquendo ejusmodi formæ mutatio, & definitio, non mutat originem, uti in thesauro apparet, qui modus acquirendi manet juris gentium, etsi is ab Imperatore Hadriano formatus fuerit. §. *39. Rer. div.*

Atque ita jure Gentium hunc contractum vindicant *Harp. ad §. adeo Inst. Loc. Cond. n. 27. Bach. p. 1. disp. 29. th. 9. lit. b. Giph. Disp. 3. th. 73. n. 22. Vinn. §. 3. Locat. n. 7. & Bronch. cent.* I. *ass. 79.*

DISSENT. *Treutl. p. 1. D.* 19. *th. 9. lit. b. Laut. p.* 120. *lit. c. ibique Dd. Müll. ad Struv. h. §. 54. & ad Ex.* 24. *th.* 28.

Quid vero interest?

RESP. Extraneis quoque hoc negotium commune erit, quod secus, si esset contractus juris civilis. Et licet in foro usum non haberet, facit tamen ad elucidationem juris civilis.

Qv. II. *An scriptura ad essentiam hujus contractus requiratur?*

RESP. Necessaria est ad probationem, non ad essentiam: (1) Quia certum est scripturam olim non fuisse necessitatis, cum emphyteusis fuerit pro emtione, vel locatione, quæ nudo consensu valent, adeo ut incertum fuerit, locatio esset, an venditio; quod autem dici nunquam potuisset, si scriptura fuisset necessaria: Zeno demum propriam speciem & distinctam a reliquis fecit, propriumque nomen ei dedit, in reliquis vero natura eorum negotiorum mansit, neque enim mutatum fuit nisi de quo antiqui dubitarunt. (2) Neque ullibi apparet Zenonem novam literarum obligationem constituere voluisse: quin (3) repugnat tota natura emphyteuseos, quæ non est cautio, uti literarum obligatio, neque uti hæc, causam præcedentem requirit. Conf. *§. un. Inst. lit. Obl. l. 40. R. E.* Sed est ipsa contrahendi causa: Unde etiam (4) hic contractus est b. f. vid. *qu. 4.* Quod secus esset, si literarum esset obligatio. vid. *Laut. p. 165. pr.* Idque patet porro & (5) ex *l. 3. C. h.* ubi manet emphyteusis, licet deperditum sit instrumentum: Atque hæc (6) est sententia *Struv. h. §. 66. & Ex. 24. th. 31. ibique late Muller. B. Par. in Disp. de Emph. c. 6. th. 6. seq. Böck. h. §. 5. Harpr. §. 3. Inst. Loc. n. 58. seq. Laut. h. t. p. 120. ibique Dd.* Ubi de praxi quoque testatur. Conf. *Molin. Cons. paris. part. 2. in epit. n. 39.*

Laut. pag. 120. verb. Scriptura præcise non &c.

DISSENTIT *Treutl. tit. Locat. §. 9. lit. d. Fach. 1. Contr.* 84. *Dd. apud Carpz. p. 2. c. 38. def. 7. n. 6. Vinn. §. 3. loc. Cond.* ubi de praxi Belgii testatur.

OBJ. *L. 1. C. h. l. 14. §. f. C. de Sacro S. Eccl.* ubi scriptura dicitur esse necessaria.

RESP. Est necessaria, sed ad probationem, nam cum hic contractus sit perpetuus & excedat hominum memoriam, non potest in æternum per testes probari, quia in perpetuum non vivunt, secus ergo si testes adhuc vivunt, vel alio modo de eo constare possit: *Müller. d. l.* Atque id illustratur exemplo feudi, ubi etiam scriptura ad probationem requiritur. *2. f. 2. in pr.* Hinc deficiente Scriptura præsumuntur potius bona censitica quam emphyteutica, uti in contradictorio res decisa est in Curia Halberstadiensi in causa Marenholtz contra die Gemeinde zu Döhren, d. 8. Febr. 1703.

Qv. III. *An prædia urbana quoque in emphyteusin dari possint?*

Laut. pag. 121. verb. *Et prædia urbana.*

NEG. (1) Quia quoties ædes alii utendæ sub canone & jure perpetuo traduntur, dicitur superficies, non emphyteusis, adeoque cum (2) hoc negotium proprium nomen, propriamque formam habeat, cum emphyteusi confundi non debet; Imprimis cum (3) hæc jura admodum differant: superficiarius enim tantum fit utilis Dominus superficiei, *l. 3. §. 7. uti possid.* Emphyteuta ipsius soli. *Laut. p. 123.* Conf. *Mull. ad Struv. h. §. 56. lit. V.* (4) Emphyteuseos essentia est, ut lege meliorationis fiat, *§. 3. Inst. Loc. Cond.* Secus ac in superficie, ubi ea sufficit cura, quam quilibet fructuarius præstat, scil ut rem sartam tectamque conservet: *Laut. p. 599.* (5) Illa finitur alienatione sine consensu domini facta, *l. f. in f. C. Jur. Emph* Secus in superficie. *L. 1. §. 7. superf.* Sed & (6) finitur illa canone non soluto, *l. 2. C. h.* aliud in superficie. *Laut. pag. 600.* (7) Canon emphyteuticarius vocatur Erben-Zinß, Erb-Pacht, *Mull. ad Struv. h. §. 56.* superficiarius vero Grund-Zinß, Boden-Zinß, *Laut. p. 599.*

EXC. Si fundus ædibus junctus sit & simul in emphyteusin detur, uti de prædiis suburbanis dicitur in *Nov. 120. c. 1. Nov. 7. c. 3. §. 1. seq.* quo etiam pertinent ædes vectigales, *l. 15. §. 16. Damn. inf.* & domus Ecclesiæ, *Auth. quas ruinas C. de S. S. Eccl.* tunc enim, licet ædes regulariter sint principale, in hoc tamen negotio fundus pro principali habetur. *Donell. l. 9. Com. c. 13.*

DISSENTIUNT Dd. comm. vid. *Struv. h. §. 60. ibique Müller. Laut. h. p. Vinn. §. 3. locat. n. 3. Stryk. U. M. h. §. 3.*

Qv. IV. *An emphyteusis sit contractus bonæ fidei?*

Laut. p. 112. verb. *Quæ est personalis b. f.*

AFFIRM. (1) Quia similis est emtioni venditioni, & locationi, *§. 3. Locat.* Utraque autem est bonæ fidei, & (2) cum indubie ab initio bonæ fidei fuerit, non desiit talis esse per constitutionem Zenonis, non magis quam emtio desinit, quod in ea aliquid jure Civili statutum sit; Atque hinc (3) est, quod pacta adjecta emphyteusi inde producant actionem, *l. 1. l. 2. C. h.* Quod tantum

tum ſit in bonæ fidei judiciis. *Supr. l. 2. tit. 14. q. 20. ſeq.* ſed & (4) aliæ utrinque ſunt præſtationes, quæ in contractum ſtricti juris non cadunt. Atque ita (5) ſentiunt *Vinn* *§. 3. Inſt. Loc. n. 3. Treutl. tit. Locat. §. 9.* Ubi vide diſſentientes.

OBJ. §. *28. Inſt. Act.*

RESP. Non ibi omnes actiones bonæ fidei præciſe continentur; ſed & ſimiles ibi comprehenduntur, argumento funerariæ &c. at hic contractus ſimilis eſt emtioni & locationi.

QV. V. *An, & quonam tempore præſcribatur emphyteuſis?*

RESP. (I) Si quis bona fide & juſto titulo a non domino emphyteuſin accepit, eamque longo tempore, absque interpellatione tenuit, tunc præſcriptione ordinaria longi temporis ſe tueri poteſt, nam cum ipſum dominium, & ſervitutes, eo tempore præſcribantur, *l. f. C. Præſc. long. temp.* quidni etiam emphyteuſis, ſive ea pro dominio utili, ſive pro uſufructu accipiatur. vid. *Bachov. ad Tr. D. 29. th. 11. lit. b. Müll. ad Struv. h. th. 64.*

Laut. pag. 122. verb. Aut ſi præſcribatur.

OBJ. *L. f. C. fund. patrim.* ubi 40. anni requiruntur.

RESP. Loquitur de fundo publico & Eccleſiæ, quales res 40. annis præſcribuntur. vid. *B. Par. Hyp. Inſt. tit. de Uſuc. §. 15. Bach. d. l.*

DISSENTIUNT *Treutl. d. l. & Dd. Comm.* . Aliter *Tabor de Jur. Emph. th. 52.*

(II) Si quidem non bona fide, nec juſto titulo, nec ab alio non domino acceperit, attamen jure emphyteutico, non vi, non clam, non precario, per longum tempus utatur, etiam hoc modo jus hoc acquiri certum eſt: per *l. 10. Serv. quem. vind.* vid. *Diſp. B. Par. de Præſcr. anom. ubi §. 45.* hujus præſcriptionis rationem nervoſe exponit.

QV. VI. *An liberi fundum emphyteuticum a patre alienatum revocare poſſint, ſi hæredes non ſint?*

NEG. (1) Quia licet emphyteuſin non ex patre habeant, ſed ex beneficio & pacto primorum acquirentium, tamen illud habent per patrem, indeque ejus factum præſtare; nec emphyteuſin ab hæreditate ſeparare, ſed utramque vel adire vel repudiare tenentur: Et cum (2) id in feudis obtineat, *2. f. 45.* multo magis id obtinebit in emphyteuſi, ubi ſpecialis ſuccedendi ratio non eſt, ut in feudis: Idque (3) ita ſtatuunt *Laut. h. Bach. ad Treutl. Diſp. 29. th. 10. lit. h. Müller. ad Struv. h. §. 65. ibique Dd.*

OBJ. Quod jus liberis quæſitum ſit ex pacto primorum diſponentium, ex

ex quo ſuccedere poſſe videntur, licet hæredes patris non ſint. Verum dictum jam eſt, unam hic eſſe hæreditatem, quam liberi pro parte adire, pro parte repudiare non poſſunt: idque exemplo feudorum extra omne dubium ponitur.

DISSENTIT *Treutlerus Diſp. 29. th. 10. lit. b.* ubi ait, nec prælegari emphyteuſin uni filiorum poſſe. *Add. Clar. §. Emphyt. q. 28. n. 4. Covar. reſ, 2. n. 2.*

Qv. VII. *An in emphyteuſi hypotheca conſtitui poſſit citra voluntatem domini?*

Laut. pag. 122. verb. Hypotheca poteſt conſtitui &c.

AFFIRM. Quia hæc non eſt alienatio, qua ſola emphyteuſis amittitur, nam in pœnalibus ſtricte ſumitur alienatio, *Pruckm. v.* 1. Conſ. 36. n. 66. Brunn. l. ſ. C. h.* valet ergo hypotheca ad eum effectum, ne emphyteuticarius jure ſuo cadat, non vero præjudicat domino, nec ille facta conſolidatione ex pignore conveniri poteſt.

OBJ. *arg. 2. f. 24. in f.*

RESP. Aliud eſt in feudis, ubi pro contemtu habetur quælibet alienatio; quia ea pugnat cum fidelitate & reverentia, quæ ex feudo debetur, non vero ex emphyteuſi.

Qv. VIII. *An emphyteuſis tantum amittatur prævia ſententia declaratoria domini?*

Laut. pag. 123. verb. tum enim judicis ſententia.

AFFIRM. Nam dominus vindictam & injuriam perſequitur, quæ perſecutio neque hæredi datur, neque contra hæredem, niſi cœpta & injuria ad animum revocata ſit. *L. 7. C. revoc. don. l. 2. C. h.* Et ſic ſemper requiritur ſententia declaratoria, an jure ſuo uti velit, an non: *Laut. pag. 123. in f.*

Atqui ipſo jure finitum & domino quæſitum eſt jus emphyteuticum.

RESP. Conditio tacite ineſt, ſi dominus ſuo jure uti velit.

Ita praxi obtinere teſtatur *Clar. §. Emphyt. q. 9. ibique late Dd.* Eamque tribus præjudiciis confirmat *Philip. Uſ. pr. Inſt. l. 3. Eccl. 75. n. 13. Alex. conſ. 6. v. 3.*

Qv. IX. *An parte canonis oblata ceſſet pœna caduci?*

NEG. Quia non ſolvit niſi qui totum ſolvit, *l. 176. V. S.* indeque nec ante liberatur ab obligatione; *d. l. 41. Uſur.* ſane ſi dominus partem ſine proteſtatione accipiat, jus ſuum remiſiſſe videtur; volenti enim creditori pars ſolvi poteſt. Confer. *Laut. comp. pag. 641.*

Qv. X.

Qv. X. *An emphyteuta probare debeat se canonem solvisse?*

Nervose hanc quæstionem decidit *Dominus Parens in disp. de Direct. prob. neg. pag.* 26. Verba ejus hæc sunt: Sed & porro ex dictis concludunt Doctores, Si dominus emphyteusin ex commisso vindicet, & contendat, emphyteutam triennio Canonem non solvisse, emphyteutæ probationem esse quod solverit; ut referunt post Doctores comm. in *l.* 2. *C. de Jure Emphyt. Ant. Gabr. d. concl.* 6. *n.* 21. *Jul. Clar. lib.* 4. *sent.* §. *Emphyteusis qu.* 10. *n.* 4. *bujusque Addit. ad quæst.* 8. *lit. a.* & *ad quæst.* 22. *n.* 3. *Hercul. d. tract. n.* 35. *Hinc dominus.* Id vero admittendum minime videtur. Nam, cum dominus ex delicto vel culpa quadam ad privationem emphyteuseos agat, cujus lex non soluto canone commissa est, *d. l.* 2. omnino delictum seu culpa illa ab actore probanda est, quippe & actor est, nec culpa præsumitur, & in culpa illa vel delicto intentio actionis privatoriæ tota fundatur: Et licet dominus rei vindicatione vel emphyteuticaria utatur, eaque fundum emphyteuticum repetat, quæ intentio satis fundata & probata est; tamen e contrario parata est reo exceptio concessi & translati juris emphyteutici: quod si tum dominus replicet: *Atqui tu hoc jus culpa tua amisisti:* Quis inficias ibit, ab ipso hoc, in quo vertitur tota replicationis ipsius ratio, probandum esse? Scil. adeo nihil est, quod communi Dd. sententiæ patrocinetur, ut potius omnis ratio adversa fronte cum ea pugnare videatur: & tamen vereor ut in foro tutum satis sit eam deserere, in quam Dd. adeo fidenter conspirant. Quicquid sit, cum contraria praxis non satis probata sit, nos veritate juris manifesta pace omnium insistimus.

Qv. XI. *An, si unus hæredum portionem suam non solvit, tota emphyteusis pereat?*

AFFIRM. Nam (1) defunctus totum canonem non solvendo amittebat emphyteusin. *sup. q.* 9. hæredes autem succedunt in jus defuncti: Neque enim ex persona hæredum mutatur obligationis conditio. *l.* 2. §. 3. *junct. l.* 5. §. *si sortem ff. V. O.* Accedit (2) canonem esse aliquid individui, quo casu, & ubi unus hæres in factum individuum committit, omnes tenentur. *l.* 4. §. 1. *V. O. ibique Goth.* (3) iniquum est domino plures emphyteutas contra ejus intentionem obtrudere, unde (4) confunderetur præstatio emphyteuseos, *arg. l.* 7 *ff. comm. præd. Goth. ad d. l.* 2. *C. J. Emph. lit. b.* & facile multæ emphyteuses ad nihilum reducerentur. *J. Clar.* §. *Emphyt. q* 8. *n.* 13. idque (5) ita communiter Doctores statuunt. *Clar. d. l. Goth. d. l. Colleg. Argent. h. t. th.* 36. *Dd. apud Fach. l.* 1. *c.* 97. *pr.*

DISSENTIT *Fach. d. l.* (ubi 4. Dd. sententias refert) per *l.* 8. §. 1. *ff. Publ. & Vect.* ubi, si unus ex pluribus rei communis vectigal non solverit, committitur tantum portio non solventis.

Resp. Alia ratio eſt canonis, alia vectigalis, illa domino debetur in recognitionem beneficii, & quum res ſub hac conditione conceſſa ſit, redit ea canone non ſoluto ad dominum, ceſſante quippe conditione; Secus in vectigale, quod ſolvitur pro re, quæ nec a fiſco, nec ex ejus beneficio procedit, nec ſub hac lege conceſſa eſt, ſed ibi ſolus dolus punitur.

Moribus noſtris ſententia *Facbinei*, utpote æquior recepta videtur. *arg. d. l. 8. §. 1.* Uti de hac praxi teſtatur *Myns. cent. 3. O. 66. ibique Oldend. in claſſ. act. Emph. Carpz. p. 2. C. 38. def. 5. n. 4. ubi præjudicium. Mantic. de tac. conv. l. 22. tit. 26. n. 16. Jul. Clar. d. l.*

Qv. XII. *Quid ſit jus perpetuæ Coloniæ, & an illud obtineat?*

Laut. p. 124. verb. Aſſinia.

Resp. Jus perpetuæ Coloniæ eſt, quando quis agros alienos poſſidens uniformem canonem alii ſolvit: Sive ille in pecunia numerata, ſive in fructibus conſiſtat; Secus ergo, ſi memoria exſtat mutati canonis, tunc enim nuda erit locatio.

Quæſitum autem memini: An in agris feudalibus quoque jus perpetuæ coloniæ conſtitui poſſit? Ego affirmativam veriorem puto. (1) *Quia ſervitutes* reales in feudo conſtitui poſſunt. *Finck. D. 9. th. 6. & 7. Coccej. de feud. tit. 6. §. 8.* cur non & perpetua colonia? (2) Vaſallus de feudo diſponere poteſt prout lubet, modo non alienet. *2. f. 52. & 55. rubr.* Atqui hic non eſt alienatio ipſius rei. Neque enim (3) ullo modo dominium utile hic transferri dici poteſt, quippe quod non niſi modis lege conſtitutis transfertur, inter quos perpetua colonia non exſtat. Sed & (4) ideo fundus feudalis alienari nequit, ne Vaſallus ſervitia debita præſtare impediatur, *2. f. 55. pr.* at duplici modo hæc ratio in feudis ruſticis in perpetuam Coloniam datis ceſſat, tum quia ibi ſervitia non debentur, tum quia Vaſallus penſionem ſatis pinguem accipit, ex qua ſervitia præſtare poteſt, quo caſu etiam emphyteuſin conſtitui poſſe ait *Ludw. Syn. J. f. C. 17. p. 361.* Quin hodie ex generali conſuetudine Vaſallos paſcua & terras incultas in emphyteuſin concedere poſſe notat *Ludw. d. l. p. 362. ibique Dd.* Unde & (5) in *2. f. 9.* tantum locatio, quæ ob viliſſimam duorum denariorum penſionem fit, prohibetur; ſecus ergo ſi pro juſto canone. *Ludw. d. l.* Sed & (6) hæc multo magis vera ſunt, ſi non pacto ſed præſcriptione 30. annorum perpetua colonia acquiritur: egregie *Hahn. de perp. Col. Th. 78. Schurf. cent. 3. conſ. 49.* Neque (7) Domini intereſt, quippe cui feudo extincto omne jus ſalvum manet.

Obj. (1) Quod præjudicet Domino: ſed jam

Respondimus, ceſſante jure conſtituentis, ceſſare quoque jus conſtitu-

ſtitutum, neque jus negligentia vaſalli in alium translatum ultra durare poteſt ac vaſalli jus durat. *2. f. 8. verſ. Quid ergo. ibique Goth. Coccej. Hyp. jur. feud. t. 7. 88.*

Obj. (2) Quod ſit inſtar emphyteuſeos, adeoque nec in feudis obtineat.

Resp. (1) Hoc eſt quod negatur, neque lege conſtitutum eſt, ut dominium utile hic tranſeat. Dominia autem ſine legibus fingenda non ſunt. Atque hinc admodum differunt hæc duo jura, *ibi* enim canon præſtatur in recognitionem dominii, *hic* non; ſed pro modo fructuum: Unde ſequuntur inſignes effectus Licet ergo (3) perpetua colonia ſimilis quodammodo ſit emphyteuſi, effectu tamen maximopere differunt; nam & ſuperficies eſt inſtar dominii utilis & tamen admodum differt ab Emphyteuſi. Denique & (4) Vaſallum hodie emphyteuſin conſtituere poſſe jam ante probatum eſt.

Cæterum admodum Doctores diſſentiunt; Nam perpetuam coloniam abſque Conſenſu Domini in feudalibus agris conſtitui non poſſe tradit *Cothm. Vol. 2. Conſ. 79. n. 180. n. 183. Schrad. de feud. p. 8. c. 1. n. 13.* Sed & alii nullum jus ſimile emphyteuſi conſtitui poſſe tradunt, adeoque nec libellarium, nec cenſuarium, *Struv. c. 13. §. 6. Jur. Clar §. feudum q. 37.* nec perpetuam locationem, *Clar. d. q. 33. n. 4.* Quæ nihil aliud eſt quam perpetua colonia: atque hæc ſententia tribus conformibus ſententiis confirmata eſt in curia Halberſtadienſi in cauſa der Freybergiſchen Erben, contra Martin Hencken: Contrarium tamen, & in feudalibus quoque agris perpetuam coloniam obtinere, tradit *Hahn. de jure perpet. Col. th. 78.* Cui ob viciniam loci, & quia in ea quoque provincia jus perpetuæ coloniæ uſitatum eſt, magis credendum eſt. Atque pro hac ſententia in eadem curia judicatum eſt in cauſa der Primſchen Erben contra die Glindemännſchen Erben, & per duas conformes ſententias in cauſa Fiſcher contra Hochman.

In hoc conflictu præjudiciorum potius inſiſtitur rationi juris communis.

LIB. VII. TIT. I.

DE USUFRUCTU.

Qv. I. *An dentur ſervitutes extraordinariæ?*

Præmittendum eſt Dd. per has intelligere ſervitutes prædiales, quæ ad perſonam reſtrictæ ſunt, v. g. jus paſcendi perſonæ datum &c.

Laut. p. 124. verb. Extraordinariæ.

At hæ non ſunt extraordinariæ: Nam ſi ad prædii utilitatem ſunt conſtitutæ,

tutæ, revera ſunt prædiales, & ipſo jure ad hæredes tranſeunt, *L. p. Serv. leg.* at hæres confeſſoria vindicans ſervitutem repellitur exceptione pacti. *l. 4. l. 5. pr. h.* Si vero ad prædii utilitatem plane non ſunt conſtitutæ, ut ſi prædium vicinum non eſt, ne perſonalis quidem erit ſervitus, ſed jus perſonæ datum, *d. l. p. l. 14. §. f. Alim. leg.* quod actione ex teſtamento petitur. *d. l. 14. §. f.*

Atque hic eſt verus ſenſus *dict. l. 14. §. f.* cujus lectionem bis corrigunt *Vinn. & Bach. ad §. 2. Inſt. ſerv.* ſed omnia clara ſunt hoc poſito fundamento, quod JCtus ibi relictam aquam non tanquam ſervitutem, ſed tanquam legatum aquæ valere ſupponat. Apparet hoc ex contrariæ ſententiæ rationibus, quas JCtus hoc ordine proponit. Ait enim, videri inutile hoc legatum aquæ, quia eſt ſervitus prædii, quæ non poteſt relinqui niſi qui vicinum fundum habet: Neque dici poſſe viciniam prædii hic non requiri, quia perſonæ relinquitur: *Nam*, pergit, *& hauſtum aquæ eſſe ſervitutem perſonæ, tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinqui. Idem eſſe in ſervitute geſtandi &c.* His dubiis ita oppoſitis, decidit JCtus, non eſſe inutile legatum, quia *hæc aqua perſonæ relinquitur*, quaſi diceret, legatum aquæ hic non eſſe ſervitutem, neque realem, neque perſonalem; neque ut ſervitutem, ſed tantum ſimpliciter aquam perſonæ relinqui, indeque etiam non vicino legari poſſe, quod ſecus eſſet, ſi ut ſervitus relinqueretur.

OBJ. Quod forma ſervitutum prædialium lege conſtituta ſit, indeque pactis privatorum mutari non poſſit.

RESP. (1) Jura permiſſiva omnino mutari poſſunt. (2) Nihil hic mutatur in eſſentia ſervitutis, ſed tantum in accidentalibus, ne ſcil. tranſeant ad hæredes, pacta autem adjecta non mutant naturam ipſius contractus. Quin (3) manet ipſo jure perpetua ſervitus, & exceptione tantum eliditur ex pacto.

Qv. II. *An pater in bonis adventitiis liberorum uſumfructum habet?*

Laut. pag. 125. verb. conſtituitur a lege patri.

RESP. Pater Jure patriæ poteſtatis uſumfructum in bonis adventitiis liberorum habet, *§. 1. Inſt. per quas perſonas cuique &c. L. 6. pr. C. bon. quæ lib.* Idque verum eſt (1) etſi liberi de pane patris non vivant, *Laut. pag. 257. Carpz. p. 2. c. 10. def. 7.* tum quia non propter alimenta, ſed jure patriæ poteſtatis uſusfructus debetur; tum quia imputari non debet patri, quod liberos non exhibeat, qui ope ejus non indigent. *Carpz. d. l. n. 9.* Atque ita judicatum d. 25. Oct. 1708. in cauſa des Advocat Stößers contra deſſen Kinder erſterer Ehe. (2) Etiamſi operas quaſdam patri præſtiterint. *Carpz. p. 2. c. 10. def. 8.* Atque ita judicatum in cauſa Krafft contra Carl Schachten. At ſi vere ſerviles vel ancillares operas præſtiterint, ideo mercedem petere poſſunt. *Carpz. dict. def. 8. n. 6.*

Qv. III.

QV. III. *An usufructus usucapione vel præscriptione acquiratur?*

RESP. USUCAPI servitutes vi legis Scribonianæ per se non poterant. *L. 10. §. 1. Usurp.* Nam in usucapione & vera & continua possessio requiritur, servitutes autem nec vere nec continuo possidemus, uti hæc ratio allegatur in *l. 14. pr. servit.*

Laut. pag. 125. verb. *Mediante præscri-ptione &c.*

Exc. Nisi cum prædio servitutem quis usucapiat; uti si quis prædium usucapit, & simul exercet servitutem, tunc enim acquiritur prædium cum suis juribus, per text. expr. in *l. 10. §. 1. de Usurp. Vinn. l. 1. q. 31.*

Equidem *Vinnius dict. q. 31.* putat duos modos esse, quibus servitutes per se & principaliter usucapi possint, (1) ex *l. 10. §. 1. si serv. vind.* (2) ex *l. f. in f. C. præscr. long. temp.* sed hi textus agunt de præscriptione longi temporis, de qua mox, non vero de usucapione.

At PRÆSCRIBI possunt, & quidem (I) Præscriptione ordinaria longi temporis, quando quis bona fide, & justo titulo, servitute quam a non domino accepit, longo tempore usus est, per text. expr. in *l. f. in f. C. Præscr. longi temp.*

Obj. (1) *L. 10. §. 1. de Usuc.* Ubi servitus per se non potest longo tempore capi.

Resp. Loquitur de usucapione.

Obj. (2) *l. 4. §. 27. Eod.* ubi nec possideri dicitur servitus, adeoque nec præscribi ei potest.

Resp. Imo cum prædio possidetur tanquam ejus qualitas.

(II) Acquiri servitus potest Præscriptione extraordinaria; quando scil. usufructus non est constitutus a non domino, sed ipse fructuarius ultro usus est servitute in re alterius, non vi, non clam, non precario, quo casu longo tempore capit; nec quæritur tunc de bona fide, aut justo titulo, quia de iis tantum quæri potest ubi accepit a non domino, *l. 10. si servitus vind. l. 2. C. h. l. 1. C. si serv. & aq.* Vid. *B. Par. in Disp. de Præscr. Extraord.*

(III) Denique acquiri servitutes possunt Præscriptione longissimi temporis; & tum, si accedit bona fides, actio inde datur; *l. 8. §. 1. C. Præscr. 30. l. 40.* alias, tantum exceptio, *arg. d. l. 8. Laut. h.* Conf. *tit. de servit. q.*

QV. IV. *An usufructus per legatum ipso jure constituatur, ita ut nec traditione opus sit?*

Laut. pag. 125. verb. *Mortis causa per legatum.*

AFFIRM. Etsi enim regulariter actio confessoria non detur fructuario, antequam res tradita fuerit, tamen aliud est in illis quæ ipso jure pro tra-

ditis habentur, uti quæ per legatum relinquuntur; ea enim recta via ab eo qui legavit ad eum cui legantur transeunt. *L. 64. furt. l. 80. Leg. 2do.* Idque ex aliis negotiis apparet, nam & publiciana legatario datur, etsi res ei tradita non sit, cum tamen certum sit publicianam regulariter non dari nisi re tradita. Vid. *sup. d. Publ. q. 1.* Denique effectu conveniunt, ususfructus qui per traditionem & qui per legatum constituitur. *L. 25. §. f. Usufr.* Unde rei vindicatio quoque hoc casu datur. *L. 1. C. comm. leg. l. 10. Usufr. leg.* Conf. *l. 29. Eod.*

OBJ. (1) *L. p. C. h. l. 3. pr. l. 46. §. 1. h. t. l. 1. §. 2. si Usufr. pet.* Ubi actio personalis ex testamento competit legatario, non ergo confessoria.

RESP. Non excluduntur eo actiones reales per *l. 1. C. comm. leg.*

OBJ. (2) Quod legatus ususfructus tradi debeat ab hærede, quod fit, si induxerit legatarium in fundum; Ergo traditione opus est.

RESP. (1) Is cui fundus legatus est, vindicat eum ab ipso hærede, ita ut hic dare debeat: adeoque legatarius habet etiam ante rem traditam actionem confessoriam: Unde (2) patet in *d. l. 3.* hæredem non dominium *& ejus* jus dare, sed nudam possessionem, hanc enim legatarius non habet. *arg.* l. 23. *de Acq. poss.*

Qv. V. *An filius acquirens usumfructum, ipsum jus ususfructus patri acquirat, an vero solum utendi commoditatem?*

Laut. pag. 126. verb. *filius fam. Usumfructum &c.*

AFFIRM. prius; per text. expr. in *l. f. C. h.* ubi asseritur, finito usufructu in patre eum manere in filio, & contra; Adeoque in utroque tanquam in una persona hæret jus ususfructus.

OBJ. (1) *L. 6. C. Bon. quæ lib.* Ubi patri in bonis adventitiis tantum usus, non vero proprietas tribuitur.

RESP. Loquitur textus de bonis jure proprietatis filio quæsitis, in his enim separari substantia & usus possunt; Indeque illa filii, hæc patris est: At aliud est, si ipse ususfructus filio donatur, tunc enim proprietas ab usu separari nequit, indeque hic utrique collatus videtur. Sed & (2) corrigit ille textus jus antiquum, quo pater omnia jure patriæ potestatis acquirebat; hæc correctio autem tantum locum habet in bonis pleno jure filio quæsitis, non vero in bonis, quorum solus ususfructus ei est relictus. *Struv. Evol. ad th. 7. h. t.*

OBJ. (2) Quod si verus ususfructus esset, eo mortuo finiretur, *§. 3. Inst. usufr.* cum tamen hoc casu continuetur in filio. *d. l. f.*

RESP.

Resp. Ususfructus est in utraque persona, quæ quamdiu tota non est extincta, manet jus usufructus.

Atque hæc est sententia *Laut. h. t. pag. 126. pr. Struv. Ex. 12, th. 7. &c.*

Qv. VI. *An fructuarius acquirat partum ancillæ?*

Neg. Quia partus fruendi causa non producitur; absurdum enim videtur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum naturâ gratia hominis comparavit. §. *37. R. D. l. 68. pr. h. t.* Neque ancillæ pariendi causa habentur. *L. 27. Pet. hæred.* Indeque fructuarius præter ancillæ operam nihil acquirit. *L. 3. l. 4. op. serv. l. 27. hær. pet.*

Obj. (1) *L. 24. §. 1. l. falc. l. 58. ſ. 4. SC. Treb. l. 91. §. f. leg. 1.* Ubi fideicommissario, cui hæreditas relicta est, etiam partus ancillæ restitui debet.

Resp. Hoc inde est, quia voce hæreditatis omnia continentur, quæ in bonis defuncti fuere, & post mortem ejus accessere, adeoque & partus. Vid. *d. l. 91. §. f. vid. Laut. p. 113. lit. O.* Adeoque tunc non tanquam fructuarius, sed ut dominus & hæres jure domini partum acquirit.

Obj. (2) Quod in dict. LL. partus ancillæ pro fructu habeatur.

Resp. Imo hoc nullibi dicitur, quod pro fructu ancillæ habeatur; Nam in *d. l. 91. §. f.* dicitur partum venire in petitionem hæreditatis, sicuti fructus percepti, quod verum est. In *d. l. 58.* expresse contrarium dicitur, voce redituum partum non contineri; in *d. l. 24.* dicitur quidem partum venire in restitutionem fideicommissi, & esse fructum quartæ, sed ex ipsa inspectione apparet alio sensu fructus ibi vocari.

Quantopere & olim Dd. hac de re disceptaverint & hodie quoque disceptent, vide apud *Cic. l. 1. de fin. Müll. ad Struv. ſ. h. lit. A.*

Qv. VII. *An fructuarius possit ædificare, & impensas ædificii repetere?*

Resp. Ædificare non potest, *l. 13. §. 7.* nisi earum rerum custodiendarum causa, quæ in fundo sunt, *d. l. 13. ſ. 6. l. 37. h. t.* quin nec cœpta a domino ædificia perficere potest, *l. 61. h.* quia usus prædii rustici in agricultura, non vero in habitatione, consistit. vid. *d. l. 61. l. 44. Eod.* at reparare non tantum potest, sed & tenetur. *l. 44. h.*

Laut. pag. 126. verb. *Non etiam alia ædificia.*

Exc. Si ipse usufructus in habitatione, eaque sola, consistat, quia alias inutilis esset usufructus, eoque pugnaret cum ejus natura; sed & tum specialiter id actum videtur, *d. l. 61.* junct. *arg. l. 2. ff. de jurisd.*

Obj. (1) Quod dominus debeat concedere, quæ ad usum sunt necessaria.

Resp. Ad usum rei non pertinet nova ædificia extruere, *Struv. Evol. h. t.*

Obj. (2) Quod legato usufructu hujusmodi ædificii imperfecti legatum inutile foret, si perficere non liceret.

Responsionem vide in exceptione.

Obj. (3) *arg. l. 2. ff. de Jurisd.* concesso enim aliquo omnia ea concessa intelliguntur, sine quibus prius illud haberi non potest.

Resp. Imo fundi ususfructus esse potest, etsi ædificium habitandi causa non sit. Aliud vero est si ususfructus ædium vel habitationis relictus sit.

Si tamen fructuarius quid inædificaverit, finito usufructu refigere ea quæ posuit non potest, *l. 15. pr. h.* quia semel cessit proprietati & solo; at quia dominus materiæ manet, dirutam & refixam repetere ac vindicare potest, *d. l. 15.* jam enim desiit esse accessio fundi vel soli; Adeoque ædificium quidem cessit solo, non vero singulæ species.

Obj. *L. 2. C. Rei Vind. l. 7. §. 12. A. R. D.*

Resp. Loquuntur textus de eo qui mala fide in alieno ædificat, adeoque nec rei possessor est, hic nec dirutam materiam vindicat, quia *donasse* præsumitur. *dd. ll.*

An vero fructuarius repetit impensas sui ædificii?

Neg. Quia sciens in alieno posuit, idque ideo, ut durante usufructu eo uti possit, quem finem cum obtinuit, præterea impensas repetere nequit: Conf. *d. l. 15. pr.*

Obj. Quod dolo agat qui vult locupletari cum alterius jactura. *l. 14. dol. Exc.* Conf. *§. 30. Inst. rer. div.*

Resp. Loquitur §. 30. de eo qui bona fide in alieno solo ædificat, putans suum esse fundum, hic enim si possidet, exceptionem pro impensis habet: *arg. d. l. 14.* Secus vero hic, ubi sciens in rem alienam impendit.

Conf. *Struv. h. §. 22.*

Dissentit *Treutl. h. §. 12. lit. b. ibique Dd.* ubi varias vide tum correctiones legum tum Doctorum sententias. Vide quoque *Stryk. U. M. h. §. 6.*

Qu. VIII. *An usufructuarius aliquid in re mutare possit?*

Neg. *L. 8. l. 44. §. 1. h. t.* licet eo meliorem rem redderet. *dd. ll. l. 17. §. 1. l. 13. §. 7. h.* Unde supra *q. 7.* dictum est, usufructuarium nec ædificare, nec cœpta perficere posse, Conf. *Struv. h. §. 22.*

Obj.

OBJ. *L. 13. §. 5. & 6. h.* ubi lapidicinas, cretifodinas &c. instituere in agro fructuario potest.

RESP. Ibi non ipsa res mutatur, sed saltem usus, qui mutari potest, modo non fiat in præjudicium domini. *d. l. 13.*

De praxi vide *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6.*

QV. IX. *Quando fructuarius & colonus dicantur percepisse fructus, & quomodo hactenus differant a bonæ fidei possessore?*

RESP. Fructuarius & colonus acquirunt fructus facto suo perceptionis, (indeque ususfructus facti esse & in facto consistere dicitur *L. un. Quand. dies leg.*) quando scil. ipsi vel per se, vel per alios, fructum a re separaverunt, & in sua custodia tenent. *§. 36. R. D. l. 13. Quib. mod. Us. am.* Non ergo si v. g. olea sponte deciderit. *d. l. 13.* Nec si a fure decerpti vel dejecti sunt fructus, licet maturi, *l. 12. §. 5. h.*

Laut. pag. 126. verb. *percipit & percipiendo &c.*

EXC. Si tales sunt fructus, quos ipsa natura separare solet, uti fœtus animalium, *l. 28. pr. de Usur.* Nam hos fructuarius citra factum suum acquirit.

A fructuario & colono differt b. f. possessor, qui percipere dicitur, quocunque modo fructus a re separatus est. *d. l. 13. h. l. 78. R. V. l. 48. pr. A. R. D.* quia acquirit jure ficti dominii, dum possidet, *d. l. 48.* & hinc publiciana ei datur ad vindicandos fructus, si ab alio separati sunt. *tot. tit. ff. de Public. in &c.* Ei ergo sufficit fructus desiisse esse partem fundi, & veri dominii.

NOT. Fructuario tamen actio datur contra dominum, ut vel contra tertium separantem agat, vel actionem cedat. *l. 12. §. 5. h.* Idem est in colono, qui agit actione conducti contra dominum. *l. 61. §. 8. furt. l. 60. §. 5. locat.*

An vero tanti interest, num fructuarius immediate agat, num vero mediante actione a domino instituenda fructus recipiat?

AFF. Quia in actione instituenda contra tertium lucrum esse potest, & actio furti in quadruplum pinguis admodum fuit, quæ proinde domino magis quam usufructuario competit. Vid. *Dn. Par.* in *Hyp. Inst. de furt. §. 8.*

QV. X. *An præmortuo fructuario, colono, vel bonæ fidei possessore, fructus maturi eorum hæredibus acquirantur?*

Dictum ante est, fructuarium & colonum fructus suo facto separatos percipere bonæ fidei possessorem vero separatos quocunque modo: Hinc si fructuarius ante quam perceptione suos faciat, decedit, hæres ejus amplius percipere fructus non potest; *l. 8. in f. Ann. leg. dict. l. 13. Quib. mod. us. amit. §. 36. R.*

Laut. ibid.

36. R. D. At b. f. possessoris hæres potest, quia is jure soli & dominii percipit fructus, quod ad hæredes transit, neque jus bonæ fidei possessoris morte extinguitur, uti ususfructus. At quid de hærede coloni? Equidem colonus facto suo demum fructus percipit, ut fructuarius, §. *36. Rer. div.* nihilominus tamen etiam non separatos hæres ejus percipere potest, quia jus percipiendi, quod colono competit, non in nudo facto consistit, sed ex contractu oritur, in quem etiam hæres succedit. *d. §. 36. verb. Eadem fere de Colono dicuntur.* junct. *l. 10. C. Locat.*

OBJ. (1) *L. 5. §. 4. Si usufr. per.* Ubi hæres fructuarii quoque petit fructus præteritos.

RESP. Ibi fructuarius decessit pendente lite quam movit dominus super usufructu, quia ergo non potuit percipere propter moram adversarii, id ipsi nocere non debet; sed eos quos a tempore litis contestatæ usque ad mortem percipere potuisset, hæres acquirit.

OBJ. (2) *L. 58. h.* Ubi hæres fructuarii locantis petit pensionem a colono qui fructus percepit.

RESP. Hoc inde est, quia fructuarius per colonum fructus percepit, nihil enim interest, an ipse, an vero per alium percipiat, indeque *merito ejus* hæres eorum pensionem a conductore petit. Atque ita de cæteris quoque fructibus civilibus. Vid. *l. 26. h. l. 9. §. 1. Locat.*

QV. XI. *An usufructuarius venari possit?*

Laut. p. 126. verb. potest venari.

AFFIRM. Nam fructuarius acquirit omnes fundi fructus, *l. 7. pr. usufructu.* & quicquid ex eo percipi potest. *l. 8. pr. Eod.* adeoque & fructum qui ex venatione oritur. Idque in terminis ita traditur in *l. 62. Usufr. l. 9. §. 5. Eod.*

OBJ. *L. 26. Usur.* ubi negatur venationem esse fructum fundi.

RESP. Quæstio ibi est de b. f. possessore quosnam fructus ille percipiat, adeoque quinam sint in ejus fructu, & dicitur omnes qui jure soli, adeoque fruendi causa ex re percipiuntur. Atque hinc feræ eo non pertinent, quia non ex fundo naturaliter oriuntur: nisi in eo solo fructus fundi consistat, tunc enim ex voluntate domini, qui usum concessit, etiam hos percipit.

Adeoque *alia* quæstio est, an venatio sit pars ususfructus, & affirmatur, quia ad fructuarium pertinet non tantum quod ex re nascitur, sed quicquid exinde percipi potest, *d. l. 9.* adeo ut & apes eo pertineant, *d. l. 9. §. 1.* & sic quoque feræ, *d. l. 9. §. 5.* ALIA, an fera acquiratur bonæ fidei possessori? & negatur; quia huic tantum acquiritur jure soli, & ex re, fera autem non ex re oritur. Unde recte concluditur, venationem esse in fructu ratione fru-

fructuarii, *d. l. 62. d. l. 9.* non vero ratione b. f. possessoris, *d. l. 26.* Atque hinc evicto fundo bonæ fidei possessor fructus ex venatione perceptos restituit, quia tantum jure soli fructus suos facit, at fructuarius nullos, quia omnem rei utilitatem acquirit. *d. l. 9. pr.* Quam differentiam a nemine observatam memini.

Quantopere Dd. dissentiant vide apud *Bach. ad Treutl. V. 1. D. 16. th. 8. lit. c.* Pro fructuario decidunt *Hæn. ad ff. 3. th. 5. lit. a. Struv. ſ. 26. h. Coras. 5. Misc. 8.* Alii distinguunt inter facultatem venandi & feram ipsam, illam esse fructum fundi ajunt, *d. l. 62. d. l. 9.* non ipsam feram, *d. l. 26.* sed hanc, tanquam rem nullius, cedere occupanti. At ipsa venatio non in fructu esse dicitur, *d. l. 26.* adeoque hæc conciliatio nimium violenta est. Quin e contrario potius in *d. l. 9.* ipsa fera, sive venationum reditus, ad fructuarium pertinere dicitur: uti & in *d. l. 62.* usufructuarius aprum aut cervum suum facere dicitur.

Qv. XII. *An fructuarius acquirat fructus metallicos?*

RESP. Vel fodinæ JAM INSTITUTÆ sunt, & tunc acquirit fructus metallicos. *l. 13. §. 5. h. l. 7. ſ. 2. & 3. Solut. matr.* Quia non male utitur, qui domini exemplum & institutum sequitur; Conf. *l. 8. pr. sol. Matr. ibique Goth.* modo hoc fiat salva substantia, & prout bonus paterf. uti solet. *d. l. 7. §. 2.* Idque verum est, etsi metalla non renascantur, nam ipse dominus ita uti solitus est: Unde male fructuario usus glebæ effodiendæ, Turff zu graben, denegatus fuit apud *Sand. l. 5. t. 3. def. 2. & 3.* ex ratione quod non renascatur, nam cessat hæc ratio, si ipse paterfamilias ita uti solitus est.

Laut. pag. 126. verb. Proventus metallicos &c.

OBJ. (1) Ita ipsam substantiam salvam non esse.

RESP. Imo substantia fodinæ salva manet, etsi lapides ad utilitatem meam inde cædam, uti sylva manet, etsi ligna inde cædam ad meam utilitatem. *l. 10. h.*

OBJ. (2) *L. 7. §. 13. sol. matr.* Ubi marmor non est in fructu, nisi renascatur.

RESP. Loquitur de fodinis noviter instituendis & inventis, in quibus lapidicinas instituere non licet, nisi renascantur, uti jam videbimus.

Vel fodinæ NOVITER INVENTÆ instituuntur, & tum distinguitur, an fructuarius lapidicinas instituat, an alias fodinas: ILLÆ institui non possunt, quia iis regulariter deterior redditur fundus. *L. 5. fund. dot.* junct. *l. 7. §. 13. sol. matr.* Non enim tantus lapidicinarum usus est, imprimis intra compendiosos fundi fines, uti hæc ratio additur in *l. 5. fund. dot.* adeoque nec maritus,

ritus, vid. *l. 7. §. 13. & d. l. f.* nec fructuarius ea instituere potest, neuter enim fundum deteriorem reddere debet. *d l. 13. §. 5. Usufr.* Nisi (1) lapides renascantur, *d. l. 7. §. 13. & d. l. f.* quia tum speciem fructuum præ se ferunt, si perpetua sit lapidicinæ utilitas, vel (2) alio fundi fructuarii non sit utilitas, *arg. l. 62. Usufructu.* HÆ semper institui possunt semperque in fructu sunt, etsi metalla non renascantur, *d. l. 7. §. 13. & 14.* junct. *l. 13. §. 5.* Adeo, ut fructuarius, si in eo quod instituit plus reditus sit ac in vineis, etiam has dejicere possit, quia fructuario permittitur meliorare fundum, *d. l. 13. §. 5. in f.* junct. §. *4. Eod.* modo agriculturæ non noceat, *d. l. 13. §. 5.* nec fodinæ cœlum aut agrum corrumpant, nec magnum apparatum sint desideraturæ opificum operæ, vel tegulorum, quem non potest sustinere proprietarius; *d. l. 13. §. 16.* tunc enim non potest videri boni viri arbitratu frui, utpote cum fundus deterior reddatur, *d. l. 13. §. 4. 5. & 6.* Quod itidem a nemine observatum memini.

OBJ. *L.* 13. §. 7. *h.* Ubi in ædibus fructuarii nihil mutari potest, licet res melior reddatur, adeoque nec in fundo.

RESP. Aliud est in ædificio, cujus fructus tantum est habitatio *diætæ*, ubi omnes ædium partes ad substantiam usufructus pertinent, in qua *proinde* nihil mutari potest: Sed in fundo partes quædam modo fructuum, *modo substantiæ* vicem sustinent: Sic enim si dominus sylvæ usumfructum concessit, arbores ita ad substantiam sylvæ pertinent, ut nec tota, nec ligna præter morem, possint exscindi. Conf. *l. 10. h.* Ad fructum vero ita pertinent, ut arbitratu boni viri cædere liceat salva sylva & ne illa deterior fiat. *l. 10. h.* Sic in arboreto in usumfructum dato arbores ad substantiam pertinent, adeoque fructus non sunt, uti nec lapides, nec metalla, *l. 32. I. dot.* sed prædio in genere dato, quod ad certam spem cultum non est, pro fructu erit, quicquid inde percipi potest, adeoque & arbores & metalla. *l. 7. pr. l. 9. pr. Usufr.*

Atque hinc apparet, male communiter Dd. asserere metalla ad fructuarium non pertinere nisi renascantur; *Laut. h. p. 126. in f.* nam id de solis lapidicinis verum esse jam demonstravimus. In praxi insignis hujus rei est utilitas, inprimis in illis locis, ubi fodinarum copia est.

Qv. XIII. *An fructuarius acquirat thesaurum?*

NEG. Quia *Hadrianus* in *§. 40. Inst. Rev. div.* dimidiam domino soli cedere voluit, dimidiam inventori, non ergo fructuario. Atque hinc nec marito cedit, qui tamen est civilis dotis dominus. *l. 7. §. 12. sol. matr.* Si vero ipse invenit, dimidiam capit jure inventionis, non usufructus, *d. §. 29.* atque ita sentiunt *Struv. h. §. 15. Hœn. Disp. ad ff. 3. th. 5. lit. a Müller. ad Struv. h. th. 15.*

th. 15. lit. k. vid. *Laut. disp. de Thesauro.* Unde si hæredes mariti in fundo dotalitio thesaurum inveniant, totus cedit hæredibus, nihil viduæ: Atque ita judicatum refert *Moll. l. 4. sem. c. 27. Carpz. p. 2. c. 53. def. 6. Müller. ad Struv. d. l.* Eadem ratio est in thesauro in fundo filii invento, in quo pater usumfructum habet: Nam proprietas cedit fundi domino i. e. filio pro dimidia, et usumfructum illius dimidiæ pater jure patriæ potestatis acquirit. *arg. l. 6. pr. C. bon. quæ lib. Laut. dict. disp. de thes. th. 18.*

OBJ. Quod fructuarius acquirat quicquid ex fundo percipi potest.

RESP. (1) Thesaurus sua natura non est utilitas fundi, sed potius res nullius, & sic cedit occupanti: (2) Sed & in specie voluit Imperator thesaurum dividi inter dominum & inventorem, indeque contra expressam legis dispositionem non potest acquiri fructuario.

OBJ. (2) Quod metalla acquirantur fructuario, quæ tamen etiam sunt species thesauri.

RESP. Imo metalla sunt utilitas quæ ex re oritur, neque ibi contraria legis dispositio, ut in thesauro, exstat.

QV. XIV. *An proprietarius fundum sine consensu usufructuarii alienare possit?*

AFFIRM. *arg. l. 21. C. mand.* Neque inde præjudicium fit Usufructuario, utpote qui fructus percipit, nec per alienationem in ea perceptione turbatur.

Laut. pag. 126. verb. Proprietarius nihil &c.

OBJ. *l. f. §. 5. C. bon. quæ liber.*

RESP. Singulare est in filio, qui bona, in quibus pater usumfructum habet, alienare nequit. Quod videtur esse effectus patriæ potestatis.

NOT. Proprietarius nec meliorare fundum sine consensu fructuarii potest, ne in juris sui exercitio incommodum patiatur. *L. 7. §. 1. h.* Servitutem nec cum consensu imponere potest. *l. 15. §. 1. h.* Utroque casu secus, si fructuarii nihil intersit. *l. 16. h.*

QV. XV. *Qualem diligentiam præstet fructuarius?*

RESP. Mediam, indeque ad culpam levem tenetur; nam tenetur uti tanquam bonus paterfamilias, *l. 9. §. 2. l. 65. pr. h. l. 1. pr. & f. usufr. quem. cav.* Accedit quod culpa simpliciter posita intelligatur levis. *l. 3. §. 1. l. 6. Jur. ignor.*

Laut. pag. 127. verb. Adhibet mediam diligentiam &c.

OBJ. (1) *L. 5. Commod.* Ubi toties præstatur culpa levissima, quoties solius accipientis est utilitas.

RESP. (1) Imo hic utriusque est utilitas, & proprietarii qui regulariter gratis non concedit, & fructuarii, qui utitur, quo casu culpa levis præstatur, *d. l. 5. §. 2.* (2) Regulæ illæ obtinent in contractibus, non vero in juribus in re, ubi certus gradus culpæ non est definitus. *arg. d. l. 5.*

OBJ. (2) Quod fructuarius ultro suscipiat rei alienæ curam, indeque præstet culpam levissimam, *l. 21. C. Mand.*

Sed vide *Resp. 2. ad object. præced.*

At ita SENTIUNT *Struv. h. th. 13. ibique Evol. Laut. h. pag. 127.*

LIB. VII. TIT. II.

DE USUFRUCTU ACCRESCENDO.

QV. I. *An ususfructus etiam accrescat verbis conjunctis?*

Laut. pag. 127. verb. Sive verbis tantum.

NEG. Quia iis tantum accrescit, qui ab initio solidum habere videntur; quales hi non sunt, qui verbis conjunguntur; his enim ab initio partes dedisse censetur testator. *L. 89. de leg. 1.* de quo plenius infr. *ad tit. de jure accrescendi* & late *Müller. ad Struv. h. §. 28.* Equidem in praxi contrarium obtinere ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 2.* de quo videbimus *dict. tit. de jure accrescendi.*

LIB. VII. TIT. III.

QUANDO DIES USUSFRUCTUS LEG. CEDAT.

QV. I. *Cur ususfructus pure legati dies cedat ab adita hæreditate?*

Laut. pag. 128. verb. Pure legati ab adita hæreditate &c.

RESP. Ideo quia ususfructus in facto personæ consistit, *l. 3. §. f. Quib. mod. us. am. l. un. pr. h.* indeque sine persona concipi nequit, *d. l. 3.* persona autem demum capax fit post aditam hæreditatem; *L. 2. l. 3. Quand. dies leg. l. 5. §. 1. Eod. l. 16. §. f. Eod. l. un. §. 2. h.* tunc enim constituitur ususfructus cum quis jam uti potest. *d. l. un.*

Effectus

Effectus est, quod ususfructus ita legatus ante aditam hæreditatem non transeat ad præmortui legatarii successores, obligatio enim, quæ non cœpit in defuncto, non potest transmitti ad ejus hæredes. *d. l. 2. & 3. & 5. d. l. un. per. tot.*

INSTO, quod hæreditas jacens quoad effectum acquisitionis repræsentet personam hæredis. vid. *sup. l. 5. tit. 2. q. 1.*

RESP. (1) Hoc verum de juribus, at possessio, & ea, quæ in facto consistunt, ad hæredem non transeunt, nisi reali ejus apprehensione, *l. 23. Acq. vel am. poss.* nec incipiunt nisi persona capax sit quæ frui possit. *d. l. un.* §. *3.* vid. *l. 8. l. 10. de V. O.*

RESP. (2) Non quæritur hic de jure hæredis, sed legatarii, qui jus quidem legati regulariter acquirit a tempore mortis, sed ea quæ facti sunt non nisi post aditam hæreditatem, quia ea nec ipse hæres habet.

OBJ. (2) Quod legata ipso jure transeant a tempore mortis.

RESP. Excipe si legata in facto legatarii consistunt, uti ususfructus &c. tunc enim ea non incipiunt nisi adita hæreditate.

In foro nihil hactenus mutatum esse ait *Stryk. U. M. h.* §. *1.*

QV. II. *An dies ususfructus in singulos menses vel annos relicti cedat initio simul an vero singulis mensibus annisve?*

Posterius AFFIRM. ita ut non unum legatum videatur, sed plura. *L. un. &* §. *1. pr. I. h. l. 10. ff. Quand. dies leg.*

OBJ. *l. 41. ff. usufr. leg.* Ubi qui legat fructus annuos, videtur unum legatum constituere voluisse.

RESP. Hic non usumfructum in singulos annos legat, adeoque nec illum multiplicat, sed unum legatum est der jährlichen Einkünfte, vid. *Struv. Evol. h. th. 32.*

Multum autem interest, an unum sit legatum, an multiplex; *illo* enim casu purum ac perpetuum est legatum, *hoc* casu vero conditionale est, ac morte finitur. *l. 4. ff. An leg. Illo* casu ad hæredes legatarii transit legatum, non hoc. *l. 4. pr. l. 5. pr. Quan. dies leg. &c.*

LIB. VII. TIT. IV.

QVIBVS MODIS VSVSFRVCTVS ET VSVS AMITTITVR.

QV. I. *An ususfructus civitati relictus finiatur* 100. *annis?*

Laut. pag. 128. verb. *vel lapsis* 100. *annis* certum *&c.*

AFFIRM. *L. 56. ff. Usufr.* nam quia civitas nunquam moritur, indeque perpetuus redderetur ususfructus, proprietas vero inutilis maneret, leges

certum tempus, quo municipes uterentur, conſtituerunt, centum ſcil. annorum; quia is finis vitæ longævi hominis eſt. *d. l. 56. ibique Goth. & Dd.* niſi pacto certum tempus adjiciatur, quod hodie plerumque fieri ſolet. *Struv. h. th. 32. ibique Evol.*

OBJ. *L. 68. pr. in fin. ff. ad L. Falc.* ubi ſi reipublicæ uſusfructus relinquitur, triginta annorum computatio fit.

RESP. Alia quæſtio eſt quousque duret? ſcil. 100. annis; Alia quanti æſtimetur, ſcil. 30. annorum reditu, quoad fructuarius eam ætatem nondum exceſſit, quia hucusque durat & creſcit ætatis vigor: Dein decreſcit, & tum tantum decreſcit pretio, quantum ſpei 30. annos vivendi. In *d. l. 68.* ergo quæritur quouſque probabiliter victurus eſt, in *d. l. 56. Uſufr.* quæritur quouſque vivere poſſit.

Æſtimatur autem uſusfructus 30. annis ad eum effectum, ut falcidia inde detrahatur: Hæres enim non a reditibus 100. annorum deducit falcidiam, quia in homine incertum eſt, num eouſque vivere fructusque percipere poteſt; indeque quartam redituum 30. annorum civitas legataria deducit.

Alia hæc computatio eſt ac in annuis reditibus, ubi reditus 20. annorum computantur, quia ſcil. nimium anni variant, nec adeo ex unius anni reditu certum pretium conſtitui poteſt; prudenter ergo juris autores plurium annorum reditum calculo complexi exquirunt, quid fundus fructuum ferre ſoleat, non quid caſus ſingularis forte unius anni tulerit. Atque hinc (1) quod ſervitiorum feudalium æſtimatio fiat computato 20. annorum reditu. *Cocceji Hyp. J. Feud. tit. 6. ſ. 30.* Ita (2) in *R. I. 1542. §. 54.* in reditum annuum 1000. florenorum computatur ſors 20000. flor. quæ ſumma continet 20. annorum reditum. *Coccej. d. l.* Atque (3) in aliis quoque æſtimationibus hoc tempus conſtitutum eſſe late probat *Dn. Coccej. d. l.*

Qv. II. *An uſusfructus amittatur mutata forma?*

Laut. p. 128. verb. Totali rei interitu & mutatione &c.

RESP. *Dominium* quidem non tollitur, etſi ſpecies mutetur, niſi caſus ſit, quod per ſpecificationem, commixtionem, vel acceſſionem id fiat, vid. *tit. de A. R. D. Uſusfructus* vero deſinit, quoties ſpecies in aliam mutatur, tum quia in externa tantum ſpecie & forma, ex qua uſus oritur, eum conſtituit proprietarius; tum quia mutata forma alius eſſet uſusfructus, quem proprietarius conſtituere noluit: Unde probe diſtinguendum, cujus ſpeciei uſusfructus relictus ſit.

Hinc (1) Si quadrigæ uſusfructus eſt legatus, uno mortuo ceſſat uſusfructus, quia deſiit ſpecies quadrigæ. *l. 10. §. f. h.* Secus ſi 4. equorum uſusfru-

fructus legetur, tunc enim manet etiam in uno. *d. l. 10. §. f.* (2) Gregis usfructus cessat, si numerus gregem amplius non facit, secus si legatus sit usufructus singulorum capitum. *L. f. h. t.* quia tot sunt usfructus diversi, quod sunt capita. (3) Fundi, in quo villa est, usufructus legatus, villa destructa, non interit, quia fundus manet. *l. 8. seq. h.* contra si villæ usufructus est legatus, illa diruta cessat etiam in fundo qui accessit. *l. 10. §. 1. h.* (4) Usufructus areæ legatus tollitur exstructa in ea domo, quia desinit species areæ, aliusque jam ejus usus esse incipit, scil. habitatio. *l. 5. §. f. h.* (5) Ita legato ædium usufructu iis destructis perit usfructus etiam in area: At, si quis bonorum legat usumfructum, vel proprietatis, manet; quia area quoque in bonis est, & proprietate legata debetur quicquid inde superest, *l. 22. leg. 1.*

OBJ. *L. 16. §. 2. l. 29. §. 2. Pign.* ubi domo exusta pignus manet in area.

RESP. Quia pignus uti dominium in rei substantia consistit, ad quam etiam area pertinet.

Sed anne hactenus dicta apices & subtilitates juris sunt, quæ in foro utilitatem nullam habent? ita putat *Böck. ad h. t.* at rectius hoc negatur, & revera alius & juxta differentiam legatorum diversus usus est: Domus enim usufructu legato, legatur habitatio, sed hæc tota desiit in area domo exusta: Sic alius est usus equorum, qui in equitando, arando, iisque locandis, consistit, alius quadrigæ, quæ rhedam trahit: Unde si fructuarius aliter utitur, furtum facit, & si damnum accidit, inde tenetur, quod nec hodie mutatum dici potest. Sic porro insignis differentiæ effectus est, quod gregis submitti fœtus debeat, in usufructu legato non debeat, *l. 20. §. 3. usufr.*

QV. III. *An cessione extraneo facta finiatur usufructus?*

AFFIRM. (1) Quia fructuarius abutitur re, dum non utitur modo præscripto, & quo uti debet; Indeque (2) aspernatur usumfructum, eoque proinde indignus videtur. Neque (3) retinere potest, quod tam manifeste habere noluit. (4) Cedendo ipse omne jus suum remittit, illudque a se alienat, neque tamen aliquid in alterum transfert, unde necessario redit ad dominum, quia usufructus extra personam esse nequit. (5) Probatur hoc quoque exemplis; nam ita emphyteutæ & vasalli alienando nihil agunt, ratione tertii, sed ipso jure amittunt feudum quod revertitur ad dominum. (6) Per *L. 66. l. dot.* ubi quæstio proponitur, an maritus, qui usumfructum dotis nomine accepit, finito per divortium matrimonio cedere eum possit uxori? & negatur in *d. l.* quia cedendo nihil agitur, sed potius eo efficitur, ut usufructus ad dominum proprietatis revertatur: verb. *etsi extraneo cedatur nihil ad eum transire, sed ad domi-*

Laut. pag. 129. verb. Cessione extraneo facta.

dominum proprietatis reversurum usumfructum: Hinc tolerari non poteſt explicatio Doctorum, qui ajunt *reverſurum uſumfructum*, exſtincto ſcil. eo modis ordinariis; interim vero penes cedentem manſurum; Sed (1) ipſa verba textus repugnant; ut & (2) contextus, nam conſilium ibi datur marito, quomodo ſine amiſſione uſusfructus eum in uxorem transferre poſſit, idque per ceſſionem fieri non poſſe traditur, quia ita reverſurus eſſet ad proprietarium, ideoque commendat venditionem &c. Neque (3) per ceſſionem ſolam hoc ſenſu reverſurus eſſet uſusfructus, ſed omnibus aliis modis: Neque (4) JCtus tam obſcure locuturus fuiſſet, ſed ad minimum addidiſſet, *reverſurum aliquando* vel *in futurum:* ſed & (5) tanquam difficultas proponitur: At quis ſanus de eo dubitaret, ſi vox *reverſurum* intelligenda eſſet *exſtincto uſufructu modis ordinariis.* Cum proinde (6) hic ſenſus obſcurus locutioque extorta ſit, merito id probari debet.

OBJ. (1) §. *3. h. t.* Ubi ceſſione extraneo facta nihil agitur.

RESP. Nihil agitur inter contrahentes, at ex poteſtate juris aliquid agitur inter cedentem & proprietarium; ita ut ad hunc revertatur uſusfructus, quod clare ita explicatur in *d. l. 66.*

INSTO, inter modos finiendi tantum in *d. §. 3.* referri, *ſi proprietario cedatur*, & tum addit, *nam cedendo extraneo nihil agi;* Adeoque expreſſe hic a modis finiendi videtur excipi hæc ceſſio facta extraneo; ſane alias JCtus hunc quoque modum allegaſſet.

RESP. Neque hoc caſu per ceſſionem, ſed ex natura uſusfructus ille finitur, quia extra perſonam eſſe nequit.

OBJ. (2) Maritus donans uxori etiam nihil agit, & tamen retinet rem.

RESP. Donans diſponit de re ſua, in qua dominium habet, quo non privari poteſt, ſi illegitime donet; ſecus in uſufructu; cedens enim nullum jus habet niſi quod in facto perſonæ conſiſtit, quo ceſſante, uti fit per ceſſionem, jus ejus exſtinguitur.

OBJ. (3) Quod fructuarius alienare uſumfructum poſſit, ergo & cedere.

RESP. Imo talis alienatio qua omne jus in alterum transfert, non valet, ſecus ſi ſaltem transfert exercitium juris. vid. *Laut. pag. 126. in fin.*

OBJ. (4) Quod alienatio nulla nullum poſſit producere effectum.

RESP. Niſi vitium ſit in ipſo alienante, uti apparet exemplo feudorum, & emphyteuſeos. Conf. *Reſp. ad Obj. 1.*

OBJ. (5) Quod inter alios acta aliis neque proſint neque noceant.

RESP Niſi tertii interſit, & illi lege jus quæſitum ſit, uti eſt domino directo ſi alienatur feudum, ita & hic proprietario.

OBJ.

Obj. (6) Quod nemo temere ſuum jactare præſumatur.

Resp. Exceptio eſt ubi jure in pœnam id præſumitur, nam ita uſucapionis ratio eſt, quod dominus videatur dereliquiſſe, licet contrarium conſtet; Ita malæ fidei poſſeſſor impenſas in rem alienam factas non repetit, licet aliud eum voluiſſe appareat: Atque ita ceſſione jus ſuum videtur alienaſſe, licet de alia voluntate conſtet.

Obj. (7) Videtur ceſſiſſe ea lege, ut alter ſolus habeat, quo non acceptante ceſſat lex diſpoſitionis.

Resp. Hoc non dependet ab ipſius arbitrio.

Obj. (8) Quod ceſſione non ipſum jus transferatur, ſed ſolum exercitium.

Resp. Supponimus caſum quo ipſum jus transferre eoque ſe abdicare vult, tunc ergo non amplius eſt penes fructuarium, neceſſario ergo redit ad dominum.

Atque ita communiter ſentiunt Dd. vid. *Treutl. h. §. 14. lit. c. ibique late Dd. Covar. 1. var. reſ. 8. n. 7. Bach. ad Treutl. d. l. Giphan. Diſp. ad Inſt. 2. th. 151. n. 33. Gometz. 2. reſol. 15. n. 17.* vid. *Cujac. Vinn. Strauch. ad d. §. 3.*

Dissentit *Harpr. ad d. §. 3. n. 39. Weſenb. parat. Q. m. Uſusfr. am. n. 5. &c. Hæn. ad ff. pag. 74. Bronch. cent. 1. aſſ. 91. in f. Phil. l. 2. Ecl. 29. n. 6. & 7.*

Hoc ita verum de ceſſione qua ipſum jus tranſit, quave ſe abdicat omni jure ſuo fructuarius; Quod tum fit ſi ſimpliciter cedit, ich trete ab mein Recht, vel etiam ſi vendit, donat &c. jus ſuum: Secus ſi ſaltem cedit utilitatem eamque vel locat, vendit &c. Atque hanc diſtinctionem omnes Dd. probant, & in praxi quoque eam receptam ait *Stryk. U. M. h. §. 9.* Atque hinc jure ipſo ceſſo, hodieque redit uſusfructus ad dominum; uti ita decidunt *Möller. p. 2. conſt. 25. n. 6. & Carpz. p. 2. c. 25. def. 16. n. 7. Stryk. d. l.* Ubi id quoque ad dotalitium, & jus retentionis viduæ extendit: At commoditas & utilitas vel per locationem vel per pignorationem in alium transferri poteſt; quo pertinent reſponſa apud *Phil. Uſ. Pr. Inſt. L. 2. Ecl. 26. n. 6. Carpz. p. 2. c. 42. def. 9.*

Qv. IV. *Quid juris in fructibus civilibus finito uſufructu?*

Resp. Si fructuarius, qui uſumfructum locavit, moritur *fructibus a Colono perceptis*, merces ipſi hæredibusque ejus, debita eſt, etſi dies penſionis nondum ceſſerit: nam defunctus percepiſſe jam vivus videtur, dum per colonum percepit. vid. ſup. *tit. de uſufructu &c. q. 9.* Colonus ergo vi contractus eorum æſtimationem totam debet. *L. 59. h. t.* Si autem fructuarius moritur *fructibus nondum a colono perceptis*, nihil ejus hæredibus debetur, quia non percepit.

Laut. pag. 129. verb. *de civilibus fructibus &c.*

cepit. Nec ipſe hæredesve ejus, tenentur colono, quia caſum mortis non præſtant. Neque plus juris in colonum transferunt, ac ipſi habuerunt *L. 9. ſ. 1. Locat.* niſi defunctus fructuarius dominum ſe mentibus fuerit, indeque deceperit colonum, tunc enim hæredes tenentur ad omne id quod intereſt. *d. §. 1.*

J. Sax. fructuarius non acquirit fructus percipiendo, ſed colendo; indeque inſpicitur potius jus ſeminis, quam ſoli. Si proinde fructuarius moriatur, cultura a colono peracta, wann die Egge das Land beſtrichen, hæredes ejus lucrantur mercedem. *Carpz. p. 3. c. 32. d. 5. ſeq.*

LIB. VII. TIT. V.

DE VSVFRUCTV EARVM RERVM QVÆ VSV CONSVMVNTVR.

Qv. I. *An veſtimentorum verus poſſit eſſe uſusfructus?*

Laut. pag. 129. verb. veſtimentorum &c. verus potius Uſusfruct. eſt.

AFFIRM. (1) per text. expr. in *l. 15. §. 4. de uſufructu.* Ubi *fructuarius* veſtis, ſi non ut quantitas ei legata ſit, ſed ut corpus, ea *abuti non* poteſt: Unde (2) patet veſtem etiam ut ſpeciem & corpus relinqui poſſe, patet quoque (3) hoc caſu abuti fructuarium veſte non poſſe, quod falſum eſſet, ſi eſſet quaſi uſufructus *§. 2. Inſt. de Uſufr. l. 7. h. t. l. 5. ſ. 1. & 2. h.* Sed & (4) in *l. 9. ſ. 3. Uſufr. quem cav.* diſerte dicitur fructuarium finito uſufructu *veſtem attritam reddendo liberari*, cum tamen ex natura quaſi uſusfructus tantundem reſtituere deberet. (5) Si veſtis uſu conſumitur vel minuitur, i. e. ſi ejus uſus in conſumtione & abuſu conſiſtit, ſequitur, quod eo momento, quo tota veſte utimur, totam quoque conſumere debeamus, nam in quaſi uſufructu uſus rei in abuſu ſeu conſumtione conſiſtit, ergo uſus totius eſſet totius abſumtio; *l. 5. §. 1. l. 2. h.* refellit autem hoc quotidiana experientia, ex qua conſtat, uti nos poſſe veſte, ut ne ulla quidem pars ejus pereat: Etſi vero (6) filamenta deterantur, notum tamen eſt ſubſtantiam manere ſalvam, neque ideo eam minui; Et ſi veſtis ideo pro re quæ uſu minuitur habenda eſſet, quia ſummitates lanæ aut filorum decedunt, ſequeretur, quod *ædificia*, quibus cœmenta, tecta, feneſtræ, integri parietes &c. uſu decedunt, item *fundi*, quibus fructus, arbores &c. *oves*, quibus lac & lana &c. decedunt; *ferrum* denique & *metalla*, quæ uſu teruntur, ſint res quæ uſu minuuntur, indeque fungibiles: Ergo res uſu minui dicitur, non cum aliquid cum tempore decedit, ſed cujus ſubſtantia per uſum tollitur & abſumitur. (7) Veſtimentum poteſt locari, & commodari, *ſ. p. Locat.* quod falſum eſſet, ſi res eſſet fungibilis, quantitas

titas enim nec locari, nec commodato dari poteſt. *l. 3. ſ. f. l. 5. §. 10. commod. l. 2. §. 1. qui pot.* (8) Si veſtis eſſet res quæ in abuſu conſiſtit, non poſſet unquam in veſte ſcenica, lugubri &c. verus uſusfructus conſtitui, contra *l. 15. §. 4. Uſufr.* Illæ enim res quæ in abuſu conſiſtunt, nec naturali nec civili ratione uſumfructum admittunt. *ſ. 3. Inſt. h.* quin nec Senatus quidem admittere poterat. *d. §. 3. in f. l. 2. §. 11. h.* (9) Sed & hæ veſtes uſu atteruntur, & tamen verus uſusfructus in iis conſtitui poteſt. (10) Ita veſtis in mutuum tanquam res fungibilis venire poſſet, quod nemo dixerit. (11) Quid? coriacea veſte uti poſſemus, in qua proinde verus uſusfructus conſtitui poſſet.

Manet ergo regula quod in veſte etiam verus uſusfructus conſtitui poſſit; At bonus paterfamilias ob facilem attritionem non ita ſolet alii utendam concedere, quis enim recipiet veſtimentum per aliquot annos jam geſtum & attritum? ſed potius æſtimato ejus uſum fructuario concedit, ut ſcil. tantundem finito uſu reſtituat, idque in arbitrio proprietarii eſt; per text. expr. in *l. 15. §. 4. Uſufr.* verb. *Sicut quantitatis uſusfructus legetur.* Atque hunc morem bonorum patrumfamilias ſive id quod plerumque fit, ſecutus Imperator, veſtimenta quoque inter res quæ uſu conſumuntur collocavit in *§. 2. Inſt. h.*

OBJ. Quod in veſtimentis nec naturali nec civili ratione, quin nec autoritate Senatus verus uſusfructus conſtitui poſſit.

RESP. Verum hoc eſt in veſtimentis æſtimato datis, nam cum ut quantitas hoc caſu conſiderentur, *d. l. 15. ſ. 4.* in ea quantitate verus uſusfructus nulla ratione conſtitui poteſt.

INSTAT *Vinn. ad ſ. 2. h.* ita non veſtis, ſed quantitatis uſumfructum relictum eſſe.

RESP. Imo ipſius veſtis, ſed tanquam quantitatis.

Uſus hujus quæſtionis inſignis eſt uſufructu omnium bonorum legato, ubi quæri poteſt, an veſtes in vero uſufructu ſint, an in quaſi: Item ſi filio veſtimenta donantur &c. qualis uſusfructus patri competat. Vid. *Berger. ad Laut. h. t. Stryk. U. M. h. §. 2.*

Varie DISSENTIUNT Dd. *ALII* diſtinguunt inter veſtem quotidianam & ſcenicam, *Accurſ. ad d. l. 15.* atque ita judicatum refert *Vinn. d. l.* *ALII* dicunt *d. l. 15.* loqui de lana ex qua conficitur veſtimentum, adeoque materiam ibi ſumi pro materiato. *Vinn. d. l.* ſed omnia jam clara ſunt ex principiis poſitis; Pro noſtra ſententia militant *Laut. pag. 129. lit. O. Bach. ad Tr. p. 1. D. 16. lit. a.*

DISSENTIUNT *Struv. h. §. 39. Treutl. d. lit. a. Vinn. d. l. Hœn. ad ff. Diſp. 3. th. 8 lit. d. Berger. in reſol. ad Laut. h.*

Qv. II. *An cautio sit de forma quasi ususfructus?*

Dissent. Laut. p. 129. verb. Cautio non est de forma &c.

RESP. Est de substantia negotii quo constituitur ususfructus, & hæc forma ex SCto ei præscripta est ut caveat fructuarius. §. *2. Inst. h.* Non vero est de substantia ipsius ususfructus, quia cautio vices proprietatis sustinet, *d.* §. *2.* quæ opponitur usufructui: Atque hinc est, quod cautio quoque omitti, & nihilominus finito usufructu quantitas condici possit. *L. 5. §. 1. h.*

Quantopere Dd. hic hallucinentur vide apud *Vinn. h. t.* §. *2. n. 4.* Conf. *Phil. U. P. I. l. 2. Ecl. 28. n. 2.*

Qv. III. *An quasi ususfructus tantum finiatur morte naturali & civili?*

Laut. pag. 129. verb. Finitur tantum &c.

Ita putat *Laut. pag. 129. in fin.* sed verius est, etiam consolidatione, cessione, atque elapso tempore præscripto, finiri. *arg.* §. *3. Inst. h.*

OBJ. (1) Quod in §. *2. Inst. Usufr.* fructuarius tantum caveat de restituendo si morietur, aut capite minuetur.

RESP. Quia in reliquis modis fructuarius ex natura ususfructus proprioque pacto rem restituere tenetur, adeoque cautione exprimi non debent.

OBJ. (2) *L. 9. & l. 10. h.* Ubi ideo soli illi duo casus exprimi in cautione debent, quia pecuniæ usus aliter quam his casibus amitti non potest.

RESP. His solis casibus amittitur citra voluntatem nostram: Quo ipso non excluduntur remissiones voluntariæ; Uti si pacto certum tempus definitum sit, vel in consolidatione, vel si ex natura ususfructus id sequatur, ut in cessione.

LIB. VII. TIT. VIII.

DE OPERIS SERVORUM.

Qv. I. *Quomodo differat opera servorum ab usufructu & usu servi?*

Laut. pag. 130. verb. Hoc jus cum quibusdam &c.

RESP. *Ususfructus* servi est, cum omnis servi fructus (qui in duobus consistit, quod ex re fructuarii & operis suis acquirat,) alicui conceditur: *Usus* servi est, cum utriusque quidem utilitas conceditur, at tantum ad quotidianas necessitates. *L. 12. §. 1. l. 20. Us. & hab. junct.* §. *3. & 4. Inst. per quas pers.* Dissentit *Brunn. ad l. 14. pr. Us. & hab.* Quoties autem solæ *operæ servi-*

les

les relinquuntur, neque ususfructus erit, neque usus, *l. 1. §. 9. l. falc.* sed pars saltem ususfructus, quo tantum continentur ea, quæ servus ex operis suis acquirit, *l. 3. l. 4. op. serv.* quæ vero aliunde acquirit, pertinent ad proprietarium.

Hinc singularia quædam oriuntur: Nam (1) opera servi in facto servi consistit, *l. 1. op. serv. l. p. cap. min.* unde (2) hujus, non fructuarii, morte finitur. *L. 2. de us. leg.* (3) nec tollitur capitis diminutione, *d. l. 2. l. 10. pr. h.* quia jus civile ea quæ facti sunt tollere non potest. *l. 12. §. 2. postl. rev.* nec (4) tollitur non utendo, ex iisdem LL. & rationibus. *Coccej. Hyp. Inst. tit. de Us. & hab. §. 4.* Usum Practicum hujus tituli egregie docet *Stryk. U. M. h.*

LIB. VII. TIT. VIII.

DE VSV ET HABITATIONE.

Qv. I. *An fructui insit usus, & contra?*

Præmittendum hic est, usumfructum æque ac usum duplici modo sumi posse, (1) pro servitute & jure utendi fruendi, (2) pro nudo exercitio quovisve actu utendi fruendi, quia dominus quoque, colonus, commodatarius; &c. utuntur.

Hinc jam apparet quatenus fructui insit usus, nam *Priori* sensu usuifructui non necessario inest *usus*, sed jus utendi ab eo separatum esse, aliique concedi potest, quo casu fructuarius iis contentus esse debet quæ supersunt deducta ab usuario quotidiana necessitate. *L. 14. §. p. & ult. h. l. 42. pr. Usufr. l. 5. §. 1. 2. Usufr. quem. cav. Brunn. d. l. 14. n. 9.* *Posteriori* sensu vero necessario fructui inest *usus*; quia fructuarius actu utitur, adeoque exercitium usus habet, de quo est *l. 14. §. 2. h.* Indeque legatum ususfructus sine usu inutile erit. *Brunn. d. l. 14. n 3.*

Quid de *usu* dicemus, an hic sine fructu esse potest?

Affirm. Et quidem indistincte, tam quoad actum, quam quoad ipsam servitutem. *L. 14. §. 1. h.* Nam qui usum habet, non necessario habet jus ususfructus, (quod in plena utilitatis perceptione consistit,) nec etiam exercitium ususfructus, quia quotidianæ necessitates ab alio, & ab ipso fructuario, ipsi porrigi & suppeditari possunt & solent: Atque hinc tam jus ususfructus, quam ipsa perceptio fructuum, ab usu separari, aliique concedi possunt. *Brunn. ad d. l. 14.* Atque ita non obstant invicem textus in *l. 14. §. 1. h. & l. 42. pr. Usufr.* in

in quibus conciliandis adeo laborant Dd. vid. *Treutl. & Bach. V. 1. Disp. 16. §. 8. lit. a. b. Phil. l. 2. Us. Pract. Inst. Ecl. 30.*

Qv. II. *An usus dividi possit?*

NEG. *L. 19. Us. & habit.* ubi dicitur partem usus legari non posse, at partem usus fructus posse. Conf. *l. 1. §. 9. l. Falc.* Rationem diversitatis affert Alciat. *l. Parad. 17.* aliam recenset *Brunn. ad d. l. 19.* ubi tamen ex naturali ratione partem quoque quotidianæ necessitatis legari posse asserit: Vera ratio differentiæ est, quod natura & forma usus in quotidiana necessitate consistat, *§. 2. Inst. h. l. 12. per tot. imprimis §. 2. h.* tota hæc forma mutaretur & inverteretur, si minus quotidiana necessitate relinqueretur; adeoque ita relictum non valet ut servitus usus, sed vel ex pacto, vel tanquam legatum alicujus utilitatis. Secus ac in usufructu, hic enim dividi potest, nam forma usus fructus consistit in jure utendi fruendi, salva substantia, hæc forma manet, etsi in minima saltem fundi particula illa facultas concedatur: Atque hinc quarta pars usus fructus Legati Falcidiæ cedit, secus ac in usu. *L. 1. §. 9. Usufr.*

OBJ. *L. 14. §. 2. h.* ubi pluribus usus concedi potest.

RESP. Tunc non dividitur usus, Sed unusquisque ad quotidianas necessitates usum rei habet in solidum.

Idem quoque est in opera servorum, nam neque hæc dividi, neque pars operæ intelligi potest. *L. 1. §. 9. l. Falc.* quia impossibile est, ut servus pro parte facere pro parte non facere possit.

LIB. VII. TIT. IX.

USUFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAVEAT.

Qv. I. *An fructuarius restituat fructus ante cautionem præstitam perceptos?*

Laut. pag. 131. verb. *Fructus tamen interim &c.*

NEG. Quia jus utendi fruendi habet etiam ante cautionem præstitam, quippe cum non cautio, sed jus cautionis sit de substantia negotii: sup. *tit. 5. q. 2.* modo usus fructus actu constitutus sit a proprietario, & mora constituentis fiat, quo minus cautio exigatur. *l. 24. in f. pr. de Usufr. leg.*

OBJ.

OBJ. *L. 24. in f. pr.* verb. *igitur usuras nominum in hæreditate relictorum ante cautionem interpositam debitas veluti sortem in cautionem deduci necesse est. ff. Us. legat.* adeoque ibi lucratur tantum fructus post interpositam cautionem perceptos.

RESP. Loquitur de fructibus & usuris jacente hæreditate ex sorte quæsitis, hæ enim augent hæreditatem, quia jus legatarii non incipit, nisi a die aditæ hæreditatis, indeque fructuarius has usuras non lucratur, nisi præstita cautione (quæ statim ab adita hæreditate offerri potest,) sed pro sorte habentur, & ille de iis restituendis cavet. Secus vero in fructibus & usuris post aditam hæreditatem ex sorte legata quæsitis, jam enim jus fructuarii incipit, & sic, si in mora offerendi cautionem non est, privari usuris nequit, diserte hoc dicitur in *d. l. 24. Non idem servabitur nominibus ab hærede factis, tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur, at, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, non cavebitur:* clare inquam asseritur, statim ac nomen hæredis fit, (quod fit post aditam hæreditatem), fructuarium acquirere & sortem, &, propter moram hæredis, qui cautionem acceptare moratur, usuras, neque eum de his cavere; ut proinde hic textus magis confirmet sententiam nostram.

Atque de hac praxi testatur *Laut. pag. 131. in f. Bus. ad d. l. 5. n. 6. Gail. 2. 46. n. 6. seq.*

Qv. II. *An cautio sit de substantia ususfructus?*

Laut. pag. 131. verb. Sed non est substantiale &c.

NEG. vid. *supr. tit. Usufr. ear. rer. q. 2.*

Qv. III. *An donator rei, qui usumfructum sibi reservavit, cavere debeat?*

Laut. pag. 132. verb. Donator rei &c.

NEG. Quia cautio exigitur ab eo, qui usumfructum acquirit, non vero ab eo, qui ipse dominus est, & alii solam proprietatem concedit, reservando sibi usumfructum; ab eo enim nihil exigi potest, quam quod ipse concessit, non concessit autem aliud, quam quod alter finito usufructu rem petere possit, non ergo cautionem. Deinde (2) ille alienationi rei suæ legem dicere potest, nec valet nisi quam dixit. *l. 20. §. 1. pact. dot.* Neque (3) SCtum disponit de usufructu, quem quis in re propria sibi retinet: Unde (4) communiter Dd. concludunt mitius agendum cum eo, qui ex liberalitate sua convenitur. *arg. l. 62. ff. ædil. Ed. & l. 49. ff. Re jud. vid Gail. l. 2. O. 145. n. 14. ibique Dd. Treutl. V. 1. D. 16. th. lit. a. ibique Dd. & Bach.* Dissentit *Laut. pag. 132. ibique Busius, & Socin. apud Mynf. d. l.* Atque hæc sententia (5) in praxi obtinet, ita enim in

in Camera imperiali pronunciatum ait *Mynſ. cent. 5. Obſ. 36.* Conf. *Decius conſ. 265. Alex. Conſ. 54. Peruſ. conſ. 271. &c.*

Exc. Si de dolo ſuſpicio adſit, ſane de dolo donator ſe obligare & debet, & ſolet; ne quod benigne contulerit, fraudis conſilio revocet. *l. 62. ædil. Ed. l. 18. §. ſ. Donat.*

Qv. IV. *An jure civili uſufructuarius præciſe caveat fidejuſſoribus?*

Laut. pag. 132. verb. *jure Civili hic cavetur fidei &c.*

NEG. Sed pignoribus quoque cautio de jure fieri poteſt, quia nec ſit judici, nec in judicio: extra judicium autem plus cautionis eſt in re; de quo plenius ſup. *l. 2. t. 8. q. 1.*

Idque moribus obtinere ipſe Autor fatetur. Conf. *Fach. l. 8. c. 40.*

Qv. V. *An cautio hæc a proprietario remitti poſſit?*

Laut. pag. 133. verb. *vel a proprietario &c.*

RESP. Cautio *de utendo boni viri arbitratu* in vero, & *de reſtituendo* in quaſi uſufructu nullo modo, nec a proprietario, nec a teſtatore remitti poteſt. *l. 6. ut in poſſ. leg.* Poſterioris enim remiſſio eſſet contra formam negotii SCto conſtitutam, *l. 1. in ſ. C. uſufr. l. 2. l. 7. pr. uſ. ear. rer.* Prioris vero remiſſio abutendi facultatem concederet, indeque pactio turpis eſt. *d. l. 7.* Adeo ut nec ſufficiat, ſi teſtator jubeat hæredem pauperem accipere fidejuſſorem. *Gail. l. 2. O. 145. n. 13.*

Obj. (1) *L. 1. C. SS. Eccl. l. 2. C. ut in poſſ. leg. Auth. ſed cum C. Ad Leg. falc.* ubi dicitur teſtatoris voluntatem pro lege eſſe, eumque proprietatem qua vult lege relinquere poſſe.

Resp. Secus ſe res habet ſi diſpoſitio turpis vel contra formam negotii ſit.

Obj. (2) Quod proprietarius ſuo favori renunciare poſſit. *Gail. l. 2. O. 145. n. 12.*

Resp. Falſum eſt cautionem hanc requiri in favorem proprietarii, ſed ad formam negotii pertinet, quia vicem proprietatis ſuſtinet; hæc forma lege conſtituta pactis privatorum tolli non poteſt.

Remitti cautionem a proprietario poſſe ſtatuit *Laut. pag. 133. ibique Dd. Gail. 2. O. 145. n. 12. Gozad. conſ. 91. n. 6. Carpz. p. 3. c. 13. d. 12. n. 1.* Imo teſtatoris quoque remiſſionem valere, ſi hæres ſponte conſentiat, ex ratione in *obj. 2.* allegata concludit *Gail. d. l. n. 12.* Quin & ſimpliciter id aſſerit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 4.* Sed cum rationes Dd. jam exploſæ ſint, merito rationi juris inſiſtimus.

NOT. (1) Omitti cautio hæc poteſt, quia nec pactum, ne dum turpe, intervenit, nec contra formam negotii committitur; quia durat jus exigendi cautionem, quod jus de ſubſtantia negotii eſt. *l. 3. in f. l. 5. §. 1. h.*

NOT. (2) Ceſſat hæc cautio (1) in donatore, vid. *ſup. q. 3.* (2) in patre habente uſumfructum bonorum adventitiorum. *l. f. §. fin. autem C. bon. quæ lib. Gail. l. 2. O. 145. n. 13. & Obſ. 72. Mynſ. 2. O. 93. n. 15. H. Piſt. l. 4. q. 11. n. 12.*

NOT. (3) Aſt reliquæ cautiones, de reſtituendo, &c. in vero uſufructu remitti poſſunt, *l. 7. C. ut in poſſ.* nulla enim hic eſt turpitudo, & nihilominus fructuarius finito uſufructu rem repetere poteſt.

Plura de his, variasque Dd. ſententias, videre licet apud *Fach. l. 8. c. 42. & 43.*

LIB. VIII. TIT. I.

DE SERVITUTIBUS.

Qv. I. *Quid ſit ſervitus ruſtica, quid urbana?*

ALII Servitutes ab intrinſeca ſua natura æſtimari putant; *Bach. & Vinn. ad §. 2. h. t.* ALII a loco, *l. 2. pr. Serv. ruſt.* ALII ab uſu. *Laut. p. 136. pr. Stryk. U. M. h. ſ. 1.* Nos vero ab objecto, ſeu re quæ ſervit, dignoſcendum eſſe, num ſervitus ſit urbana, num ruſtica, mox exponemus.

Laut. pag. 133. verb. In urbanas & ruſticas &c.

Præmittendum vero eſt (1) uſum tum prædii *urbani* tum *ruſtici* duplicem eſſe, *illius* enim uſus in habitando & aſſervandis mercibus, *hujus* in agricultura & pecorum paſtu conſiſtit. (2) Prædia *ruſtica* ex uſu juris eſſe omnes fundos jacentes, *urbana* vero omnia ædificia etſi ruri poſita: ita nervoſe JCtus in *l. 3. h. Servitutes prædiorum aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie* conſiſtunt. *l. 1. com. Præd.* ibi: *ædificia urbana quidem prædia appellamus.* §. *1. Inſt. h.* ibi: *quia ædificia omnia urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſint.*

His poſitis facile conſtabit, quidnam ſit ſervitus urbana, quid ruſtica: ILLA enim eſt, quam ædificium ædificio vicino debet, etſi illud ruri poſitum ſit, per text. expr. in *§. 1. Inſt. h. Prædiorum urbanorum ſervitutes ſunt hæ, quæ ædificiis inhærent &c. etſi in villa ædificata ſint* & in *l. 2. pr. com. præd. Cæterum etſi in villa ædificia ſint, æque ſervitutes urbanorum prædiorum conſtitui poſſint.* Unde e contrario jam ſequitur SERVITUTES RUSTICAS eſſe, quæ ſolo inhærent, *l. 3. h. etſi in urbe debeantur. arg. de §. 1. & d. l. 1.*

Atque

Atque hinc (1) si vicinus per aream meam, vel domum ire potest, erit servitus rustica, quia fundus servit non ædificium, contra *l. 20. pr. & §. 1. serv. P. U.* Idem quoque (2) si per vicini domum aquæductus, actus &c. competat, hic solo inhæret servitus, non superficiei, indeque erit rustica: contra *Legem 11. §. 1. de Publ. in rem.* Et sic e contrario (3) si rusticus vicino ædificio, villæ, stabulo, &c. servitutem altius tollendi, &c. debet, non erit rustica, sed urbana, quia non fundus debet, sed ædificium: contra *Legem 2. Serv. P. R.* Idem in reliquis servitutibus urbanis, quæ etiam in villa constitui possunt, per text. expr. in *l. 1. pr. ff. comm. præd.* adeo ut, si stabulum vel horreum quoque concedatur ad asservandas merces, servitus sit urbana, non tam propter usum, quam quod ædificium eam debeat; Idem quoque est si mihi competit jus fruges condendi in vicino horreo, hæc servitus est urbana, quia superficies debet; atque hinc ea cessat destructo horreo, quod secus esset si inhæreret solo.

OBJ. (1) *L. 2. Serv. præd. rust.* ubi servitus altius tollendi, &c. ruri constituta dicitur rustica. (2) *L. 11. §. 1. Publ. in rem.* ubi iter in urbe constitutum dicitur servitus urbana. (3) *L. 20. pr. & §. 1. Serv. præd. urb.* ubi inter servitutes, quæ in superficie consistunt, recensetur etiam servitus itineris.

RESP. In omnibus his legibus servitutes dicuntur a situ, *quod vel in urbe, vel ruri* servitutes constitutæ sint: sed hæc significatio usui juris non convenit; vid. text. in *l. 1. com. præd.* Sed & porro ad *d. l. 20.* notandum, quod ibi iter non dicatur servitus urbana, sed quod qui iter per vicini domum habet, gradus vel clivos facere & sic eo commodius per aream ire possit.

Maxime autem differunt, etiam effectu, hæ duæ servitutum species: RUSTICÆ enim consistunt in opera & actu; uti quod dominans ire, agere, aquam ducere, aliasque operas rusticas perficere possit; URBANÆ vero in possessione habendi consuetudinem, uti dicitur in *d. l. 20. pr.* in situ, *l. 7. Serv. pr. U.* vel quod idem est, in forma & positu ædium consistunt: Unde ILLÆ amittuntur non usu, quia, cum in actu consistant, aspernari videtur qui tanto tempore actum non exercet: HÆ non amittuntur non usu, nisi situs ille mutetur. *l. 7. S. P. U.* & adversarius libertatem præscribat. *l. 6. Serv. P. U. l. 4. in f. Usuc. vid. inf. ad Laut. p. 141. in fin. Brunn. ad l. p. C. Servit. ibique Dd.* ILLÆ oppignorari possunt, quia actus illi etiam ab alio exerceri possunt, & hoc quoque ad prædii mei utilitatem pertinet. HÆ non possunt, non enim situs vel forma stillicidii, luminum &c. in alium transferri potest. *l. 11. in f. l. 12. ff. Pign.* Atque hæc vera ratio differentiæ est, de qua adeo disceptant Dd. apud *Goth. ad d. l. 11.*

Quantopere autem Dd. in definiendis his servitutibus differant, in principio

cipio hujus quæstionis jam exposuimus: Communiter vero ex usu æstimari putant, an servitus sit rustica an urbana, *Laut. p. 136. & h. t. pr.* Sed male: Nam ita servitus itineris, aquæ haustus, aquæductus &c. in urbe constituta, semper esset urbana, quia non ad usum rusticum, scil. nec ad agriculturam nec pecorum pastum, pertineret: vid. *Not.* (1) Sed & porro jus calcis coquendæ in vicina domo ad domus meæ utilitatem concessum esset servitus urbana, quia ad habitationem ejusque usum pertinet, cum tamen certum sit esse servitutem rusticam, *§. 2. Inst. Serv. l. 6. §. 1. Serv. P. R.* quia fundo inhæret.

Qv. II. *An omnes servitutes sua essentia sint continuæ? Et quænam sint servitutes continuæ, quænam discontinuæ?*

RESP. Omnium servitutum causa est perpetua. *L. 78. ff. Serv. Urb. l. 9. Serv. P. R.* At causa earum non semper est continua, uti nec usus. *d. l. 14.* Ita enim causa stillicidii perpetua est, quia in æternum pluit, at non continua, quia non continuo pluit. *d. l. 14.* Sic juris pascendi causa est perpetua, semper enim ager producit gramen, at non continuo. Atque ita in cæteris.

Laut. pag. 133 verb. *Nam ratione essentiæ &c.*

Apparet ergo servitutes continuas vel discontinuas tantum quoad usum dici posse, indeque *continuas* esse, quæ usum continuum habent: *discontinuas* vero, quarum usus non est continuus, sive factum hominis interveniat, sive non: ILLÆ sunt servitutes tigni immittendi, oneris ferendi, prospectus, altius non tollendi &c. HÆ sunt servitutes stillicidii, fumi, cloacæ immittendæ, & servitutes rusticæ quæ in opera consistunt.

Effectus insignis est ratione præscriptionis: Immemoriali enim tempore usu quorundam locorum *discontinuæ* servitutes præscribuntur, vid. *pag. 134. Laut. Continuæ* ubique longo tempore: vid. *l. f. in f. C. de Præscr. long. temp. Continuæ* usucapiuntur cum prædiis, *l. 14. pr. servit. discontinuæ* non acquiruntur usucapione, quia non est continua possessio. *d. l. 14.*

Atque ex his apparet duo a *Lauterbachio* juris rationi contraria supponi: Nam (1) verum non est omnes servitutes sua essentia esse continuas, idque probatur exemplo stillicidii, non enim continuo pluit: (2) Verum non est discontinuas fieri facto hominis interveniente; Stillicidium enim est servitus discontinua, neque tamen factum hominis intervenit.

Quantopere Dd. hallucinentur in definitione servitutum continuarum & discontinuarum, vide apud *Laut. pr. h. t. & Fach. l. 8. c. 22.*

Qv. III. *An in l. fin. ſ. f. C. de Servit. ſit ſervitus lege conſtituta?*

Laut. pag. 133. verb. *Conſtituuntur a lege &c.*

NEG. Nam cum lege quis prohibetur in ſuo aliquid facere, ut in *l. ſ. §. f. C. h.* non ſervitus eſt, ſed libertas: Servitus enim tunc eſt, quando quis non poteſt facere in ſuo quod jure licet.

OBJ. Quod in bonis adventitiis filii pater uſumfructum lege habeat.

RESP. Ibi ſervitus lege conſtituta eſt, idem quoque eſt, ſi in diviſoriis judiciis judex uni uſumfructum concedit. *ſ. p. Inſt. Off. jud.*

Effectus inſignis eſt: nam quando ob utilitatem publicam lex talis, qua quis prohibetur in ſuo quid facere, fertur, illud jus non amittitur non uſu, nec remiſſione domini: Secus ſi ſervitus lege conſtituatur, tunc enim favor partis eſt, qui juri ſuo renunciare poteſt.

Qv. IV. *An uſufructuario conſentiente dominus ſervitutem conſtituere poſſit?*

Laut. pag. 134. verb. *Nam proprietarius ne conſentiente &c.*

NEG. Nam nec dominus id poteſt, quia pleno jure dominus non eſt; nec fructuarius, quia jus ſervitutem conſtituendi non habet, indeque ſuo conſenſu jus, quod ipſe non habet, domino tribuere nequit. *L. 15. §. f. Uſuf.* Valeret enim ſervitus ex conſenſu & diſpoſitione fructuarii, & is eam revera conſtitueret, quod eſt contra naturam ſervitutis, quam inducere ſolus dominus poteſt. Non magis ergo ſervitus hæc conſenſu domini conſtitui poteſt, quam cautio in quaſi uſufructu conſenſu domini a teſtatore remitti; utrumque contra naturam & formam negotii eſt. Atque hæc eſt ſententia *Treutl. V. 1. d. 16. th. 10. lit. c. d. & Laut. pag. 134. pr* Conf. *Hahn. h. t.*

OBJ. (1) Quod fructuarius & dominus plenum jus habeant, unde nihil videtur impedire, quo minus de jure ſuo diſponere poſſint.

RESP. Imo plenum diſponendi jus in eadem perſona requiritur *l. 11. §. Quem. ſerv.* cum vero neuter horum tale habeat, pugnaret diſpoſitio cum forma & ratione juris.

OBJ. (2) Quod dominus ſine conſenſu fructuarii alienare rem poſſit, nedum ſervitutem conſtituere ejus conſenſu.

RESP. Alienare poteſt nudam & ſterilem proprietatem, non vero ſervituti eo præjudicare, quia hactenus diſponeret de re aliena.

Hanc eſſe meram ſubtilitatem juris civilis ait *Grœnweg. ad d. l. 15.* at cum formæ negotiorum hodieque accurate ſint obſervandæ, non video, cur Uſu fori hoc mutatum dici poſſit: Atque hinc nec hodie actio realis ex tali pacto datur,

tur, sed oritur saltem inde actio personalis ex pacto, uti ipse *Grœnw. d. l.* fatetur. Conf. omnino *Dn. Stryk. U. M. h.* §. *7.*

Qv. V. *An etiam revocabilis dominus servitutem constituere possit?*

AFFIRM. (1) Per text. expr. in *l. 11. §. 1. Quem. Serv. am.* quia verus & plenus dominus est: (1) quia superficiarius id potest. *L. 1. §. f. ff. de superfic. Et* (3) vasallus quoque, *2. f. 8. pr. vers. Quid ergo &c. Coccej. Hyp. Jur. feud. tit. 6. § 8. Finckelthaus. Disp. 9. th. 6. & 7. Clar. §. feudum. q. 37. n. 1. Treutl. V. 1. Disp. 16. th. 10. lit. c. ibique Dd. &c.* nec non (4) hæres fiduciarius. *arg. d. l. 1.*

Laut. pag. 134. verb. Irrevocabili &c.

At hoc tantum fit mediantibus actionibus utilibus. *d. l. 1. §. f. Coccej. d. l.* Et cessante jure constituentis, cessat quoque jus constitutum. *L. 31. ff. Pign. 2. f. 8. vers. Quid ergo. Coccej. d. l. tit. 7. th. 8.*

OBJ. *L. 11. §. 1. Quem. serv. am.*

RESP. Imo textus hic potius confirmat nostram sententiam: Dicitur enim servitutem ab hærede fundo sub conditione legato impositam exstingui existente conditione; ergo interim durat.

NOT. Si ipse Dominus revocabilis acquirit servitutem, hæc finito ejus jure non perit, nam servitutes acquisitæ ad prædii utilitatem cedunt prædio. *d. l. 11. in f.*

Qv. VI. *An servitutes discontinuæ longo tempore præscribantur?*

AFFIRM. (1) Quia in genere omnes servitutes eo tempore præscribuntur *L. f. in f. C. Præscr. long. temp.* qui proinde discontinuas exemtas ait, illud probare debet. (2) Cum regulariter servitutes sint discontinuæ, regula quoque d. l. f. ad eas præcipue pertinere videtur. (3) Servitutes etiam discontinuæ, longo tempore amittuntur. *L. p. C. Servit.* uti de usufructu quoque id traditur in *l. 16. Usufr.* Ergo & eodem acquiruntur. *arg. l. 35. ff. R. J.* Quin (4) usumfructum, qui est servitus discontinua, longo tempore acquiri, diserte traditur in *d. l. f. §. f.* vid. sup. *tit. Usufr. q. 3.* Hæcque (5) est sententia *Carpz. p. 2. c. 4. def. 8. Don. l. 11. c. 11. post lit. k. &c.* Et ipse *Brunn. ad l. f. C. servit.* contrariam sententiam non adeo certam & expeditam esse ait, quanquam eam alibi tutiorem asserat. Vid. *Brunn. l. 2. C. eod. n. 6.* Conf. *Wes. parat. ff. de servit. n. 5. & Brunn. repet. par. Wes. ibid. q. 10. & 11.*

Laut. pag. 134. verb. licet sint discontinuæ &c.

OBJ. *L. 3. §. 4. ff. Aqua quot.* ubi ductus aquæ cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

RESP. Certum est quod immemoriali tempore servitus constituatur; at

at non excluduntur alii modi, nec ordinariæ præscriptiones postea introductæ. Vid. *omn. tit de divers. temp. q. 3. fol. 531. & 32.* Conf. *Jason. 2. Cons. 150. Socin. reg. 373.* Nam etiam longo tempore omnes servitutes præscribi vidimus ex *l. f. in f. C. Præscr. long. temp.* ubi id de usufructu, qui est servitus disconti- nua, expresse dicitur.

At quæri vulgo solet, an in hac præscriptione longi temporis requiratur bona fides & titulus? Et affirmatur quoad præscriptionem ordinariam longi temporis, quando scil. quis a non domino servitutem accepit. *L. f. in f. C. præscr. l. t. l. un. C. Usuc. transf. Laut. p. 134 in f. Dd. apud Brunn. ad d. l. f. n. 15. Hillig. l. 11. C. 12. lit. e.* Aliud est in præscriptione extraordinaria, quando non accepit a non domino, sed ultro usus est re aliena non vi, non clam, non precario. Tunc enim (I) Non opus est titulo (α) per text. expr. in *leg. f. ff. de aq. pluv. & l. 10.* ibi: *Non est ei necesse de jure docere quo aqua constituta est veluti ex legato, vel ex alio modo, ff si serv. Vind.* (β) quia nititur ipsius domini patientia, ejusque concessione tacita, quæ optimus titulus est. *arg. ff. 40. R. D.* atque ita (γ) sentiunt plerique Dd. vid. *Coccej. Disp. de Præscr. anomal.* §. 45. *ibique alleg. Vasq. cont. Illust. l. 2. c. 65. n. 7. seq. Brunn. l. 2. C. serv. n. 8. ibique Dd.* & optime in *repet. parat. Wes. tit. de servit. q. 11.* ut & *Brunn. ad l. f. C. Præscr. l. t. n. 15.* Neque porro & (II) opus est bona fide, quia nec quæstionem de mala fide hic esse posse egregie probat *Dn. Coccej. d. Disp. §. 47.* qui enim non vi utitur, nec precario, nec clam, sed ita ut dominus scire & videre possit, omnem præsumtionem malæ fidei elidit, *ibid.* inprimis cum ex patientia domini potius ejus præsumatur consensus. Conf. *Infr. part. 2. Lib.* 41. tit. *3. q. 27.*

J. Sax. in omni præscriptione servitutis 30. anni cum anno & die requiruntur. *Carpz. 2. C. 4. def. 3.* Pariter apud Belgas 30. anni sufficiunt. *Granw. ad l. 1. C. servit.* De Usu fori vide *infr. part. 2. l. 44. tit. 3. q. 3. p. 533.*

Qv. VII. *Quomodo negativæ servitutes præscribantur?*

Laut. p. 134 verb. *Unde in negativis &c.*

RESP. Prohibendo; nam ante prohibitionem neque est privatio quædam libertatis, quæ in servitute requiritur, neque quædam possessio juris alieni: Utrumque autem in præscriptione requiritur, & utrumque demum post prohibitionem sequitur. Atque hinc non inde elicitur servitus, quod vicinus altius non tollat longo tempore, nam hoc omittere jure libertatis potest, sed tunc demum, si, cum vult altius tollere, impeditur, & prohibetur; jam enim est quædam privatio libertatis. Pariter, quamdiu alter altius non tollit, ego nihil juris alieni possideo, sed tum, si alter vult altius tollere, ego vero prohibeam, illeque acquiescit, hoc ipso enim utor jure in re aliena, & sic hæc prohi-

prohibitio eſt pro poſſeſſione. Vid. *Carpz. 2. c. 4. def. 3. Brunn. ad l. 1. C. ſervit.* indeque a prohibitione demum præſcriptio currere incipit. *Carpz. d. l. Thoming. Conſ. 17. n 71. Goden. conſ. 2. n. 46. Carpz. l. 2. R. 36. n. 8. Brunn. d. l. 1. n. 9.* ubi exemplis rem illuſtrat.

Qv. VIII. *An futuro prædio acquiri ſervitus poſſit?*

AFFIRM. *L. 23. ff. f. ſerv. urb. l. 10. ſerv. ruſt. l. 25. §. 10.* ibi: *quia viam promittere & is poteſt, qui fundum non habet. Fam. erc. l. 98. V. S.* Ita, ut jus quoque ſtatim acquiratur, contra *Laut. h.* At ineſt tacite conditio, ſi prædium exſtiterit: *d. l. 98.* Atque hinc jus hoc ad hæredes transmittitur. *Phil. l. 2. Eccl. 25. Struv. h. §. 25. ibique Evol.* Exerceri autem ſervitus antequam prædium acquiſitum ſit, non poteſt: Idem ita obtinet in fructibus naſcituris, vid. *Laut. p. 300.* & in fidejuſſoribus, qui futuræ obligationi accedere poſſunt, *l. 6. §. f. fidej.* ubi itidem tacite ineſt conditio, ſi fructus naſcituri ſunt, & ſi obligatio futura eſt. *d. l. 6.*

Laut. pag. 135. verb. Propter futura prædia &c.

OBJ. Quod ſervitus nemini conſtitui poſſit, niſi qui prædium habet. *L. 1. §. 1. com. præd. §. 1. Inſt. h.*

RESP. Nec hic conſtituitur ſine prædio, ſed cum prædio futuro.

Qv. IX. *An ſervitutes prædiales ſint in bonis?*

RESP. Per ſe & ſeorſim neque in bonis ſunt, neque extra bona, ſed cum prædio ſunt, eaque faciunt pretioſiora, uti ſalubritas, *l. 86. V. S.* Unde nec per ſe poſſidentur, *l. 32. Serv. Urb.* nec per ſe uſucapi poſſunt. *l. 14. ff. ſervit.*

Laut. pag. 135. verb. Hæ ſervitutes tanquam qualit. &c.

Sunt tamen in bonis cum prædio: uti non ſalubritas, ſed prædium ſalubre in bonis eſſe dicitur, & uti non albedo, ſed paries albus: Nam cum ſit commodum & utilitas viciniæ, illa vicinia non poteſt dici in bonis eſſe, ſed prædium vicinum cum iſta qualitate. *d. l. 86.* Secus ac in uſufructu, qui non eſt qualitas prædii, ſed jus per ſe, indeque ſeparatim eſt in bonis.

Qv. X. *An ſervitutes ſint individuæ?*

AFFIRM. de realibus *l. 4. §. 3.* ibi: *unicuique in ſolidum &c. l 17. verb. quia uſus eorum individuus eſt, ff. de Servit. l. 1. §. 9. ad Leg. falc.* Atque hinc ſinguli hæredes ſolidam viam petunt, & a ſingulis ſolida petitur, *d. l. 17.* Conf. *l. 19. ſerv. ruſt. l. 2. 1. V. O. l. 4. §. 4. in fin. ſi ſerv. vind.* Per partes ſervitutes non conſtituuntur, *l. 8. §. 1. h.* neque etiam per partes amittuntur: *l. 10. §. 1. h. l. 34. ſerv. ruſt.* Etſi pro parte retineri poſſint. *dd. ll. & l. 5. §. 1. ſervit.*

Laut. pag. 135. verb. individuæ ſunt &c.

vit. Aliud eſt in uſufructu, cæterisque ſervitutibus perſonalibus; *l. 3. Uſufr. d. l. 1. §. 9.* Rationem differentiæ vidimus ſupra *l. 8. t. 1. q. 1.* & *quæſt. prac.* nam uſusfructus in proprio jure, quod a prædio ſeparatum eſſe poteſt, conſiſtit; ſecus ac in ſervitutibus realibus, quæ in vicinia, & utilitate, ac ſitu conſiſtunt, indeque ſine prædio eſſe non poſſunt. *dd. ll.*

OBJ. *L. 19. §. 4. com. div. l. 4. l. 5. aq. quot. l. 5. §. 1. ſervit.* ubi ſervitutes etiam prædiales dividi poſſunt.

RESP. Non ſervitutes dividuntur, ſed uſus earum, ita iter menſura, vel temporibus dividitur. *d. l. 19.* ſic & aquæductus pluribus cedi poteſt; *d. l. 4. & l. 5.* at tum plures ſunt ſervitutes; ita in *d. l. 5.* per partes dicitur retineri tota ſervitus, quia individua eſt.

QV. XI. *An ſervitus in faciendo conſiſtere poſſit?*

NEG. *L. 15. §. 1.* ibi: *Servitutum non ea eſt natura ut aliquid faciat quis, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat. ff. ſervit. l. 6. §. 2.* ibi: *non poſſe alicui ſervitutem imponi, ut quid facere cogeretur &c. ſi ſerv. vind.* Nam ſolis illis caſibus, ubi quid pati, vel non facere vicinus cogitur, privatur jure libertatis, vi cujus vel facere, vel prohibere poterat.

Atque hinc ſi quis vi pacti obligatur, ut in ſuo pingat, viridaria tollat, aut amœniorem proſpectum præſtet, non erit ſervitus; *d. l. 15. l. 33. ſerv. urb.* Sed ſolum inde actio perſonalis ex pacto datur.

OBJ. (1) *L. 33 ſerv. urb. d. l. 6. §. 2.* ubi ſervitus eſt, qua quis vicinum cogit, ut parietes reficiat.

RESP. Imo ſervitus hæc eſt oneris ferendi, quæ in patientia vicini conſiſtit, at non poteſt dominans uti hac ſervitute niſi vicinus parietem reficiat, adeoque hæc refectio non eſt ſervitus, ſed ejus conſequens.

OBJ. (2) Quod detur ſervitus altius tollendi. *§. 2. Inſt. act.*

RESP. Imo hæc ſervitus non in faciendo, ſed (poſitis terminis habilibus, de quibus vide *tit. ſeq. q. 2.*) in patiendo conſiſtit. Diſſent. *Schneid. ad §. prædiorum Inſt. ſervit. n. 15.* Eadem ratio eſt in ſervitute officiendi luminibus, de qua vid. Dn. *Coccej. Hyp. Inſt. tit. de ſervit. §. 8. n. 8.*

Hodie quoque eadem juris ratio obtinet, indeque ex ejusmodi pacto moribus tantum dabitur actio perſonalis. *Stryk. U. M. tit. de ſervit. §. 3.* ubi diſſentiunt Dd.

Neque OBSTAT, quod hodie jura bannaria vigere videamus, quæ revera ſunt ſervitutes faciendi.

RESP.

Resp. Imo non debentur ex jure servitutis, sed ex pacto vel expresso, vel, si jure præscriptionis acquirantur, tacito. Idem quoque obtinet in operis rusticis, vide omnino *Stryk. U. M. d.* §. 3. Neque tunc actio confessoria realis, sed actio personalis ex pacto, vel in factum, datur.

LIB. VIII. TIT. II.

DE SERVIT. PRÆD. URB.

Qv. I. *An in materia servitutum horti & stabula sint prædia rustica an urbana?*

Resp. In hac materia servitutum *horti* sunt prædium rusticum, *Stabula* vero urbanum; Quia omnia ædificia, indeque & stabula, sunt prædia urbana, omnes vero fundi jacentes, adeoque & horti, sive olitorii, sive voluptarii, prædia rustica. *tit. præced. q.* 1. Conf *l.* 3. *ff. servit.*

Laut. p. 136. verb. *etiam horti ad volupt. &c.*

Idem quoque (2) obtinet in materia taciti pignoris, etsi ex alia ratione: Ibi enim *horti* itidem sunt prædia rustica, & *stabula* urbana, indeque invecta & illata in *his* non in *illis* tacite pignori sunt. *l.* 4. §. 1. *in quib. c. pign.* Nam ideo invecta &c. in prædio urbano & in stabulo habentur pro pignore, quia nulla alia securitas est. Secus in prædio rustico & in horto; ibi enim fructus nati satis pro cautione sunt. *d. l.* 4.

Exc. Nisi hortus sit voluptarius, tunc enim cessat tota ratio fructuum.

Aliud (3) obtinet in materia alienationis prædiorum, nam ibi omnia prædia rustica, ex quibus scil. pupillus quotidianas necessitates sumere potest uti sunt *horti*, pro rusticis habentur, indeque alienari non possunt: E contrario, omnia prædia, unde quotidiana alimenta ita non percipiuntur, uti sunt *stabula*, sunt urbana, & alienari possunt. *l.* 198. *V. S.* at iterum excipiuntur horti si voluptarii sint, *d. l.* 4. nam tunc quoque cessat tota ratio quotidianorum alimentorum.

Male ergo *Lauterbachius* in materia servitutum hortos voluptarios refert ad servitutes urbanas, cum sint fundi jacentes, nam licet in materia alienationis prædiorum minorum (vid. *l.* 198. *V. S.*) eo referantur, tamen diversa ratio est in materia servitutum, ubi prædia alio sensu urbana dicuntur.

Obj. *L.* 2. *ff. servit.*

Resp.

RESP. Distinguuntur ibi prædia non ex sua qualitate sed ex situ, *arg. voc. prætorii.*

Qv. II. *Quid sit servitus altius tollendi?*

Laut. pag. 136. verb. (4) Altius tollendi.

RESP. Dd. eam communiter ita describunt, *quando vicinum cogere possum, ut ædes suas in meam utilitatem altius tollat*; utilem autem eam esse posse tradunt mercatoribus, quorum interest tabernas opacas esse. Utilem quoque eam esse ajunt ad arcendum impetum ventorum, vel ut umbram habeam in eo loco, quo solem habere gratum non est. vid. *l. 17. pr. serv. urb.* vel si, ut vicini prospectus in meum hortum impediatur, ille murum vel parietem altius erecturum promittat: *Schneid. ad §. 2. Inst. Servit. n. 15.* Verum his terminis positis servitus revera in faciendo consisteret, contra textum expressum in *l. 15. §. 1. servit.* adeoque si tale aliquid se facturum promisit vicinus, non erit servitus, *dict. l. 15.* sed actio saltem personalis ex pacto dabitur. *vid. tit. prec. q. 11.* Conf. *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6.*

Alia igitur fingenda species, aliique supponendi termini, ut hæc *servitus* rite constituatur: Quando nimirum lege loci constitutum est, *ne ultra veterem* formam (quæ apud Romanos lege Augusti erat 70. lege Trajani 60. lege Leonis 100. pedum altitudo, *Goth. ad l. 12. §. 1. C. ædif. priv. lit. e.*) aliquis ædificaret, & vicinus huic juri suo renunciat alterique permittit, ut non obstante lege contraria altius tollat: hoc casu vicinus vi pacti sui cogitur pati, ut ego ædes meas altius tollam, ita textus egregius est in *d. l. 12. §. 1.* verb. *Qui proprias domos renovare cupiunt &c.* (idem si novas exstruant, uti statim id sequitur) *veterem formam non excedant &c. Si vero pactum vel stipulatio ædificanti suffragetur, liceat ipsi secundum vim pacti & stipulationis ædificare etiamsi officere vicinis, quibus pactum adversatur, ita ædificando videatur.*

Non ergo in eo consistit hæc servitus, quod vicinus cogatur altius tollere, & quis unquam talem servitutem sibi imponi patitur? sed quod ille cogatur pati, ut ego, cum lege loci id eo invito non liceret, altius ædes meas erigere possim. vide late *Stryk. U. M. h. §. 8.* Aliam quoque speciem fingit *Celeb. Dn. Pagenst. in not. ad Laut. man. 3. p. 70.* si scil. vicinus cogitur pati, ut meis sumtibus ædes ejus altius tollam; quam laudat *Stryk. U. M. h. §. 7.*

Licet autem postea in infinitum erigere ædes permissum fuerit, *d. l. 12. § 2.* Non tamen desiit hujus servitutis usus, quia illa facultas restricta fuit in *l. f. §. f. C. Servit.* ubi nemo vicino ventum ad secernendas paleas a frugibus idoneum ædificando auferre potest. Si ergo vicinus ut ventum ei auferam consentiat, hujusque legis beneficio renunciet, ego altius ædificare possum, & quia tum vicinus vi pacti id pati cogitur, recte servitus altius tollendi dicetur. *L. 2. h.*

Eadem

Eadem ratio eſt, iidemque termini ſupponendi ſunt in ſervitutibus, ut luminibus vel proſpectui officiatur; de quibus vide *d. l. 2. ff. h.* & utilis ea eſt, quando vicinus cogitur pati, ut ubi id quoque jure loci alias non licet (ut in *d. l. 12. ſ. 1. & 2.* & in toto Palatinatu) lumini & proſpectui ipſius officiam. *B. Par. Hyp. Inſt. h. §. 8. n. 6. & 8.*

Alium caſum, ubi negatoria agens ſe fundat in libertate civili, affert *Lyn. k. cent. 14. dec. 1374.*

LIB. VIII. TIT. III.

DE SERVITUT. PRÆD. RUST.

Qv. I. *An aqua etiam non perennis ducatur?*

AFFIRMAT hoc *Laut. h. p. 138.* idque ex æquitate permitti ait, ſed contrarium verius: neque enim tunc vera ſervitus dici poteſt, quia cauſa non eſt perpetua. vid. *ſup. tit. 1. q. 2.*

Laut. pag. 138. verb. *Ex æquitate tamen &c.*

OBJ. *L. 9. ff. h.* verb. *Hodie ex quocunque loco conſtitui ſolet.*

RESP. Hoc non ex jure, nedum æquitate, ſed uſu & moribus eſt.

Qv. II. *An jus compaſcui ſit vera ſervitus?*

NEG. Quod ſequentibus rationibus probat *B. Parens in diſp. de Præſcr. extraord. th. 23 ſeq.* (I) Quia qui compaſcua habet, non utitur jure ſervitutis, adeoque nec eo uſu ſervitutem unquam acquirit. Quod non utatur jure ſervitutis, ſic demonſtratur: Vel enim utitur jure ſervitutis perſonalis, vel prædialis, *arg. l. 1. ff. de Servit.* Non jure *perſonalis*; quia quatuor tantum in univerſum ſunt ſervitutes perſonales, uſusfructus, uſus, habitatio, & ſervorum operæ, uti patet ex *lib. 7. fforum*, ubi ex profeſſo de ſervitutibus perſonalibus tractatur; & ex *rubr. & tot. tit. C. de Uſufr. habit. & miniſt. ſerv.* nec non ex *lib. 2. Inſt. tit. 4. & 5.* Neque ullum alterius perſonalis ſervitutis veſtigium in jure extat: Neque utitur jure *prædialis*, quia ſervitutes prædiales nullæ ſunt, niſi quæ & quatenus ad utilitatem fundi vicini pertinent; adeo ut, ſi cui expreſſe quoque conſtituta ſit ſervitus paſcendi, is non poſſit pecora immittere, quibus ad uſus ſuos domeſticos, vel ad commercia uſurus eſt, ſed tantum quæ ad utilitatem agri ſui habet, uti boves aratorios &c. per text. expr. in *l. 5. in fin.* ibi: *non ultra poſſe quam ad eum ipſum fundum opus ſit. l. 6. princ. & §. 1. ff. de ſervit. præd. ruſt.* At compaſcuorum uſus promiſcuus eſt, & valet

Laut. pag. 128. verb. *Aliud eſt jus compaſcui &c.*

cujusque usus causa pecora habeantur; ut constat. Igitur qui compascuis utitur, nullo jure servitutis utitur. Neque sane alia ratio est, cur servitus imponi non possit, ut pomum decerpere, & ut spaciari, ut cœnare in alieno liceat, prout tradit JCtus in *l. 8. princ. ff. de Servit.* quam quia id jus neque personalis servitus esse posset, neque prædialis.

(II) Eo minus autem servitus pascendi erit, cum pascuorum usus quoque sit inter eos qui non habent vicina prædia: servitus vero prædialis nulla nisi inter vicina prædia esse potest. *l. 5. §. 1.* ibi: *nisi fundum vicinum habeat ff. de serv. præd. rust. l. 14. §. 3. vers. nam & haustus ff. de Aliment. leg. l. 7. verb. vicini ff. de serv. præd. urb.*

Quin (III) compascuorum usus concedi & iis potest, qui nullum prædium habent, sed v. g. in equorum boumve gregibus negotiantur: At servitus prædialis nulla esse potest, nisi uterque prædium habeat. *l. 1. §. 1 l. 6. ff. Comm. præd. §. 3. Inst. de servit.* Ex quibus proinde constat, ex eo quod quis compascua in alterius prædio habuit, non posse inferri, ipsum servitute pascendi usum fuisse: nisi constet alio animo alterum usum, alterum passum fuisse, *scil. animo* servitutis constituendæ, *arg. d l. 41. in fin.* & præterea alter quoque prædium vicinum habeat, nec ultra quam ad illius prædii utilitatem usus ille pertinuerit. Quorum unum si defecerit, non poterit usus videri servitute prædiali per jura tradita.

(IV) Sed & usus probat, compascua non esse servitutes, & *proinde*, qui illis utitur, non uti servitute, sed fieri id inter vicinos solere jure familiaritatis, vicinitatis, &c. cum fundus præsumatur liber & servitus probanda sit. Idque perspicue docet *Cöppen. Decis. lib. 1. dec. 12. n. 10. & per tot.* ubi *n. 10.* concludit, esse instar mutui precarii. Quod equidem verissimum est, cum familiaritatis similive aliquo jure permittatur.

Unde sane (V) sequitur, cum compascua instar precarii sint, eum qui compascuorum jure longo tempore usus est, ex *d. l. 10. ff. si servit. vind.* non posse ideo servitutem sibi vindicare, quia precario usus est: qui enim vi, clam, vel precario utitur, præscribere nequit, sed hic modus inter vitiosos expresse refertur in ipsa *d. l. 10.* & excluduntur a præscriptione qui precario utuntur.

Effectus insignis est, quod pro lubitu revocari possit, nam ex precario nemo obligatur, neque duorum consensu, sed alterius precibus consistit, neque animus est transferendi juris, *l. 1. pr. l. 2. §. f. Precar. dict. disp. §. 32.* Unde porro sequitur, quod nullo tempore precario utens præscribere possit, quia est vitiosa possessio. *l. 10. si serv. vind. dict. disp. §. 26.*

LIB.

LIB. VIII. TIT. V.

SI SERVITUS VINDICETUR VEL AD ALIUM PERT. NEG.

Qv. I. *An detur actio confessoria domino qui servitutem quasi possidet?*

NEG. (1) Quia unusquisque possessor tutus est sua possessione, adeo ut actione opus non habeat: *l. 1. §. 6. uti possid.* Equidem (2) in actione negatoria constitutum est, ut possessor instituta actione contendere possit rem actoris non esse, at in confessoria nullibi. Indeque (3) asseritur in §. *1. Inst act.* non esse proditam actionem possessori *qua NB. neget rem actoris esse*, nisi in servitutibus. Hoc autem tantum in negatoria fit, qua qui possidet libertatem, negat servitutem petitoris esse, in confessoria enim semper id affirmat actor. Atque hinc (4) dicitur confessoria agenti incumbere probationem, *l. 9. pr. h.* at si possessor est, non probat. §. *4. Inst. act.*

Dissent. Laut. p. 139. verb. Etiamsi servitutem quasi possideat &c.

OBJ. *L. 6. §. 1. ff. h.* Ubi dicitur, *in his servitutibus* (loquebatur autem in *pr. d. l. 6.* de affirmativis, & de confessoria, voc. *vindicatio*) *possessorem esse eum & petitorem;* Ergo vindicans servitutem, seu confessoria agens, & possessor ibi est, & actor.

RESP. Loquitur textus de servitutibus negativis, adeoque de actione negatoria: Ex *pr. d. l.* enim apparet, agi ibi de servitute qua vicinus intendit jus mihi non esse ita ædificatum habere invito eo: hæc vero servitus negativa dicitur in *§. 1. Inst. act.* ibi: *Si quis intendat jus non esse adversario &c. altius tollendi &c. istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ:* His ita suppositis pergit JCtus & ait in *d. l. §. 1.* *IN HIS SERVITUTIBUS* scil. in quibus vicinus intendit, *jus mihi non esse ita ædificatum habere, POSSESSOREM EUM ESSE JURIS ET PETITOREM.*

INSTO, Quod hic possessor videatur intendere & petere servitutem, dum vicino negat libertatem altius tollendi, contenditque jus ei non esse, *d. §. 1.* quæ sane non erit negatoria, utpote quæ non datur ei qui petit servitutem, sed qui eam negat, *l. 2. pr. si serv. vind.* nec contra eum qui fundat se in libertate ædificandi, sed huic ipsi. *d l. 2.*

Equidem hoc dubium causam dedit communi errori, nec unquam illud solutum memini; at tota res clara fiet posito illo principio, quod servitus altius tollendi supponat prohibitionem legis, ne ultra certam formam ædificetur.

 vid.

vid. *sup. tit. 2 q. 2.* Indeque in hac servitutis specie *ille* servit, qui vult altius tollere, & *ille* qui negat alterum altius tollere posse, se fundat in libertate civili, quia lex prohibet, ne ultra certam formam ædificetur. (Nam legibus servire libertas est.) *Ille* agit confessoria, eaque intendit jus sibi esse altius tollendi; *Hic* agit negatoria, qua intendit ei ita ædificandi jus non esse, ut proinde indubium sit legem hanc de negatoria loqui.

At, inquis, agenti in casu dictæ legis in *pr. vindicationem* tribui.

RESP. Vindicatur non tantum servitus, sed & libertas, *tot. tit. si servit. vind. l. un. C. remiss.* sed & omnes actiones in rem vindicationis nomine veniunt. *L. 25. pr. Obl. & act.* §. 15. *Inst. act.* Quin omnis juris persecutio vindicatio dici potest. *L. 22. C. Mand. Struv. Ex.* 11. *th.* 3.

Similem casum, ubi negatoria agens in libertate civili se fundat, vid. apud *Lynck. cent.* 14. *dec.* 1374.

QV. II. *An usufructuario utilis actio confessoria contra vicinum detur?*

Laut. pag. 139. verb. *Usufructuario &c.*

RESP. Nomine domini, adeoque procuratorio, agit *directa* pro vindicanda servitute reali a quocunque possessore, excepto domino; *l. 1. §. f. l. 2. op. nov. nunc.* quia ejus nomine agitur: Si vero ipsum usumfructum vindicat nomine suo, *utili* confessoria agit, etiam contra dominum impedientem. *L. 6. §. 3. h. l. 1. §. f. l. 2. op. nov. nunc.*

OBJ. *l. un. §. 4. Remiss.* Ubi simpliciter dicitur fructuario vindicandarum servitutum jus esse.

RESP. Explicatur hoc ex *d. §. f.* Ut scil. procuratorio nomine *directa* actione agere possit de omni servitute, contra quemcunque possessorem, excepto ipso domino, cujus nomine agit. *d. l. un.* Secus ergo si ipsum usumfructum suo nomine petat, *d. l. un.* tunc *utili* agit, etiam contra ipsum dominum.

QV. III. *An actio negatoria tantum in rebus incorporalibus detur, an aliquando etiam in corporalibus?*

Laut. pag. 140. verb. *Si quis servitutem sibi competere negat.*

RESP. Tantum in incorporalibus *§. 2. Inst. de Act.* ibi: *contra quoque de Usufructu & de servitutibus prædiorum rusticorum item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones, ut si quis intendat jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi: item altius tollendi prospiciendive vel projiciendi immittendive: istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ, quod genus actionis in Controversiis rerum corporalium proditum non est; Nam in his agit, qui non*

non possidet: ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse: Atque hoc quoque traditur in *l. f. ff. R. V. In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere.*

Unus casus in genere excipitur in *d.* §. *2. Inst. de actionibus*, sed quis ille sit, non exprimit Imperator, verum lectorem ad Digestorum libros remittit, ibi: *sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.*

Ulpianus a pluribus hic inculpatur, quod casum non expresserit, *Hottomannus in Inst. ad d.* §. *2.* ait, *Torquere hoc esse non docere. Æmilius Ferretus* & *Donellus infelicem hunc laborem esse statuunt*, *Giphanius*, *in not. ad d.* §. *2.* versiculum illum totum delendum esset censet.

Alii corrigunt lectionem, & legunt: *sane hoc uno casu &c.* adeoque non exceptionem constituunt, sed regulam confirmant: Vid. *Cuj. ad d.* §. *2.* quos recte rejicit *Jauch. de casu unico:* Alii *non uno casu* legunt, vid. *Æmil. Ferret.* apud *Duaren. ad l. 15. ff. de op. nov. nunc.* adeoque inde inferunt plures casus esse, ubi in re corporali is qui possidet, negatoria agere debet, refutati a *Jauch. d. l.*

Alii denique, qui invenisse casum illum putant, in casu admodum differunt: Communis opinio est, Imperatorem hic respicere interdictum *uti possidetis.* vid. *Coras. Miscell. l. 3. c. 23.* ubi sustinet vices actoris is qui possidet: At (1) in hoc interdicto non agitur de controversia *rei corporalis*, sed saltem de facto possessionis: Neque (2) hæc actio est *negatoria*; sed potius uterque actoris vices sustinet, i. e. uterque habet intentionem *affirmativam:* Sed & (3) uterque hic agit, adeoque non est casus unicus.

Placentinus ratus est casum illum unum inveniri *in actionibus præjudicialibus.* Sed recte rejicitur a *Jauchio d. l.* quia in §. *2. d. Act.* agitur de vindicatione servitutum prædialium & de vindicatione rerum corporalium, ad neutrum genus pertinent actiones præjudiciales: Accedit quod plures sint actiones præjudiciales, adeoque non ibi est casus unus.

Glossa *Accursii* casum illum intelligit de exceptione, quam objiciens probare debet, cum in exceptione reus actor sit: At nec hæc explicatio huc quadrat, tum quia ita non unus foret casus, sed infiniti, tum quia hic non agitur de negatoria qua res corporalis *vindicatur:* vid. *Jauch. d. l.*

Accursius notat, casum poni posse, quo is, qui possidet, actionem habeat, per quam dicat se dominum esse, ut in *l. 9. ff. R. V.* & *l. 7. Usufr. quem. cav.* ubi dominus ab eo, apud quem res deposita est, vel commodata, aut qui conduxit, item ab usufructuario, rem vindicare posse dicitur: Verum hic dominus

non possidet rem: casus autem unicus ille supponit actorem possidentem, qui agit, seu actoris vices obtinet: *Jauch. de Casu unico &c.*

Petrus de Bella pertica casum unum in Digestis occurrere ait, *Si is qui possidet conventus in se suscipiat onus probandi.* Sed male: nam aliud est negatoria actione agere, aliud probationem ultro suscipere.

Antonius Contius casum se invenisse putat in *l. 15. ff. op. nov. nunc.* Si nimirum ego, priusquam ædificatum esset, agam: *jus mihi esse te invito altius tollendi*, tu vero rem non defendas, & ideo cautionem interponas: hoc enim casu te, quod rem non defenderis, puniri, ut de jure tuo probare necesse habeas, *id enim esse petitoris partes sustinere:* At non agitur de tali possessore rei corporalis, qui negatoria instituta *rem suam non alterius* esse contendit, sed agit de eo, qui *servitutem* vicino negat & in pœnam libertatis probationem suscipere tenetur, quam regulariter is, qui servitutem petit, probare tenetur.

Brocus in exposit. Instit. ad d. §. 2. statuit casum illum unicum inveniri *in querela inofficiosi testamenti:* in qua is qui in possessionem missus est, *experitur per l. 7. in f. l. 8. pr. ff. inoff. test.* Sed præterea quod verum non sit *exhæredatum* in possessionem mitti, adeoque possessorem rei corporalis esse, certum est, per querelam non peti rem *corporalem*, nec agi de re petenda, sed de tota hæreditate, adeoque de jure.

Jauchius ipse primum posuit casum in *l. f. ff. de Rei vind.* Ubi is, qui possessionem inficiatus est, actori possessionem tradere tenetur, licet hic suam rem esse non probaverit. Sed ipse hanc opinionem rejicit, quia casus ille unicus supponit actorem possidentem, non qui ante possedit, & possessionem amisit.

Denique novam idem *Jauchius* tuetur & doctam & subtilem sententiam, casumque illum unicum ponit *in l. p. & ult. de public.* Si scilicet publiciana conventus exceptionem dominii objicit, *d. l. p.* actore id negante; *d. l. f.* hoc casu enim possessorem rei corporalis actoris partes obtinere contendit: Sed

RESP. *§. 2. de Act.* supponit casum, ubi is, qui possessor rei corporalis est, negatoriam instituit, adeoque actionem intentat. Non ergo agit de possessore, qui excipit, & qui exceptionem suam probare tenetur: Sane ipse *Jauchius* hanc opinionem, quæ Glossæ Accursii est, rejecit, quia ita non unicus, sed infiniti casus existerent: Omnis enim dominus & possessor rei corporalis excipiendo actor fit, i. e. exceptionem suam probare tenetur.

Ut meam paucis exponam sententiam, ego casum illum unicum contineri in *d. l f. ff. R. V.* puto, etsi plane ex alio, quam ante exposui, fundamento. Præmittendum autem est notas characteristicas illius casus unici has esse (1) ut controversia sit de re corporali, (2) ut quis possessor sit rei corporalis, (3) ut possessor ille agat negatoria, rem alterius non esse.

Talis

Talis casus jam occurrit in *d. l. f.* Nam agitur ibi primum de Actore, qui *rei vindicationem* instituit contra tertium, & qui duo probare debet, (1) alterum, a quo vindicare vult, *possidere:* (2) rem suam esse; *l. 2. ff. de probat. l. f. h. de R. V.* Si igitur reus negat se possidere, præmitti ejus probatio debet, & tum si actor convincat reum, rem ab eo possideri, in pœnam inficiationis possessio transfertur in actorem NB. *licet actor rem suam esse non probaverit. d. l. f.*

Hactenus igitur prius membrum ab actore probandum absolutum est; at cum alterum membrum supersit, scilicet *rem suam esse*, Actor omnino adhuc illud probare debet, neque enim ex eo, quod alterum possidere probaverit, & quod in pœnam inficiationis eam in se transtulerit, liberatur ab onere probandi *rem suam esse*, quæ probatio est essentialis in rei vindicatione.

Neque OBSTAT, quod commodum possessionis sit liberari a probatione. *§. 4. ff. de Interd.*

RESP. Exceptio est, si in pœnam inficiationis saltem possessio aufertur, pœnæ enim sunt stricti juris: Cum igitur Actor rei vindicationem instituens duo probare debeat, uno articulo absoluto, alter adhuc expediri debet, nam id probatum nondum est? Hic igitur vere casus, ubi (1) agitur de re corporali, quam (2) actor possidet, ob inficiationem prioris possessoris, & ubi (3) possessor negat rem alterius esse, & rem suam esse probat.

Qv. IV. *Quis probet negatoriam, si adversarius est in quasi possessione servitutis?*

RESP. Actor, (1) quia actori natura incumbit probatio, (2) possessio servitutis certa est, quod vero aliud obtinere debeat, incertum est; adeoque illud probandum: (3) possessionis commodum est liberari probatione, & licet (4) præsumatur pro libertate, tamen præsumtione fortiori, scil. possessionis, præsumtio libertatis eliditur: Idque (5) confirmatur per text. expr. in *l. 14. ff. Probat.* Ubi is, qui in possessione libertinitatis fuit, debet probare se ingenuum esse. Apparet id quoque (6) ex illis textibus, ubi negatoria agens possessoris & petitoris partes sustinere dicitur. *l. 8. §. 1. & 3. h. arg. l. 7. ff. lib. caus. l. f. C. R. V. l. 15. op. nov. nunc. l. 8. Probat.* Atque hoc quoque ita obtinet in materia feudorum, *Coccej. Hyp. feud. tit. 2. §. 9.* Eaque (7) est sententia plerorumque Dd. *Goth. & Dd. ad d. l. 14. Laut. p. 140. Dn. Coccej. Disp. de Prob. neg. c. 4. §. 10. Vin. ad §. 2. Inst. de Act.* quam præjudiciis firmant *Mev p. 8. dec. 292. Lyncker. cent. 1. dec. 16.* atque ita in contradictorio judicatum hic est in causa Broitzen contra den Rath zu Kochstedt. Confirmatur hæc praxis ex formula pronunciandi in possessorio, daß Beklagter bey der possessione vel quasi der Huth und Trifft zu schützen sey, bis der Gegentheil in petitorio, daß

Laut. pag. 140. verb. Quæ probanda si adversarius est &c.

daß er solches zu leiden nicht schuldig, ausgeführet. Atque vi hujus formulæ, negatoria agens probationem suscepit in causa der Börnickschen Gemeinde contra die Schneidlingische Gemeinde, & in causa der Wittwen von Schenck, contra Ackergran. Denique & (8) ipsi adversarii contendunt, negatoria agentem probare libertatem debere, si dicat adversarium possidere vi, clam, vel precario. *Carpz. l. 1. Resp 68. Stryk. U. M. h. §. 4.* at, dum ille negat servitutem, necessario & implicite contendit adversarium vi, clam, vel precario possidere, & sic semper hanc qualitatem probare deberet.

Obiter hic NOTANDUM, hanc ipsam limitationem mere cerebrinam esse, omnique fundamento in jure carere; nam ita a sola formula libelli dependeret probatio, si enim simpliciter actor diceret, ich läugne, daß er eine servitutem auf meinem Grund und Boden habe, adversarius, qui servitutem asserit, eam probare deberet, at si adderet actor, und hat er die von ihm angegebene actus wider mein Wissen oder precario exerciret, hoc casu susciperet ipse onus probandi. Quæ citra omnem rationem ita dicuntur: unde & merito hanc differentiam in dubium vocat Bergerus *in resol. ad Laut. h.*

OBJ. (1) Vox ipsa negatoriæ, quæ inde dicitur, quia servitutem negat, per rerum autem naturam factum negantis probatio nulla est, *l. 23. C. Probat. l. 10. C. de Non num. pec. Can. 2. c. 6. q. 5. c. 5. X. de renunc.*

RESP. (1) Imo negantis quoque probatio est, si ab altera parte concurrat fortior præsumtio. (2) Idque multo magis obtinet, si negans in negativa fundet suam intentionem, sed & (3) non simpliciter hic negat, sed vindicat simul libertatem eamque petit.

INSTO, quod hanc affirmationem negantis præsumtio naturæ tueatur, quia natura omnes res liberæ sunt & unaquæque res creditur retinere statum naturalem, adeoque ea præsumtio fortior videtur: *Titius obs. ad Laut. 256. Stryk. U. M. h. §. 1.* iniquum enim videtur possessioni momentaneæ, quæ aliquando ex uno actu elicitur, plus efficaciæ tribuere, quam firmissimæ præsumtioni ex ipsa natura rerum & dominii ortæ: Vid. *Lyser de probat. Negator. §. 25.* Sed & mutatio naturæ facti est, indeque probatione indiget.

RESP. Imo major fortiorque præsumtio est, quæ ex possessione juris oritur, nam frustra res libera præsumitur, ubi constat ab alio tanquam non liberam possideri.

OBJ. (2) *L. 5. C. solut.*

RESP. Textus diserte nostram causam tuetur: dicitur enim, illum qui libertatem seu liberationem allegat, eam probare debere, dum enim adversarius chirographum tenet, pro ejus possessione præsumitur, ut proinde ex illo textu nihil, quod nostræ sententiæ adverset ur, elici possit,

OBJ.

OBJ. (3) Reum ſemper exceptionem ſuam probare.

RESP. Niſi talis pro eo ſit præſumtio, quæ transferat onus probandi in actorem, uti hic poſſeſſio juris.

OBJ. (4) Quod poſſeſſor, qui rem ſibi oppignoratam &c. contendit, negante id domino, ſuam intentionem probare debeat; nemo enim actori probationem ejus imponet quod negat ſe feciſſe; Idem ergo videtur in negatoria, ubi pariter actor negat rem ſuam ſervire, vel ſe ſervum fuiſſe.

RESP. Non quælibet poſſeſſio liberat ob onere probandi, ſed poſſeſſio ejus juris de quo quæritur; ſi ergo quis exercuit actus ſervitutis, hoc caſu præſumitur quoque pro ſervitute; At ſi quis ex eo, quod rem tenet, evincere pignus velit, ſane non præſumitur pro poſſeſſore, ſed hanc qualitatem prius probare debet. Idem quoque apparet ex *l. 16. C. Prob.* ubi is qui rem ſibi a defuncto donatam ait, id probare debet, etſi eam rem teneat, tum quia donatio non præſumitur, tum quia in hoc facto donationis poſſeſſor ſe fundat.

OBJ. (5) *L. 3. §. 13. Intin. act. priv.* Ubi ex poſſeſſione juris eundi non ipſum jus præſumitur, ſed actor ibi & poſſeſſionem, & jus ſervitutis docere debet.

RESP. Imo in dicta lege aliquis duplex jus prætendit (1) eundi, & (2) jus reficiendi: illud probatur ſi hoc anno ivit, *d. ʃ. 13.* ſed eo probato jus reficiendi nondum probatum erit, nam cum hoc proprium & aliud ſit jus diſtinctum a jure eundi, merito ab allegante, qui in ejus poſſeſſione non eſt, probari debet. *d.* §. *13.* ibi: *qui vult reficere, aliquid novi facit*, & additur ratio, *quod non debeat ei in alieno permitti id moliri, niſi vere habeat ſervitutem*, ſcil. reficiendi: Nam duo diverſa hæc jura eſſe, patet ex §. 14. ubi jus eundi habere poteſt ſine jure reficiendi, & additur, in ſervitute conſtituenda hoc expreſſe cautum eſſe debere: Adeoque ex his conſtat, in *dicta lege 3.* actorem non eſſe in poſſeſſione juris reficiendi, indeque recte ei injungi ejus probationem.

OBJ. (6) *c. 3. in fin. de Probat.* ubi dicitur indubitati juris eſſe poſſeſſori aliquando dari probationem.

RESP. Statim additur quidnam poſſeſſor probare debeat; Sane non ſervitutem, ſed fundamentum ſuæ intentionis, ſcil. *præſcriptionem & longam poſſeſſionem*, ex qua tunc ultro ſequitur ſervitus: idque expreſſe ita in *d. l.* dicitur, *cum jure cautum ſit, quod qui objecerit præſcriptionem longiſſimi temporis, quam nemo recte objicit, niſi qui poſſidet & NB. eam* (ſcil. præſcriptionem, adeoque non ſervitutem) *probaverit, in cauſa debeat obtinere.*

OBJ. (7) *L. 10. pr. ff. Si Serv. vind.* Ubi is, qui non vi, non clam, non precario, ſervitutem longo tempore poſſidet, non tenetur de jure docere:

Unde e contrario ſequi videtur, quod ſi longo tempore ſervitutem non poſſedit, titulum docere teneatur.

Resp. In hoc textu plane non de negatoria, nedum de ejus probatione agitur, quod jam probandum eſt: Equidem certum eſt, eum qui in poſſeſſione ſervitutis eſt, de jure ſuo docere non teneri, ſive *longo* tempore illud jus poſſederit, ſive *brevi*; At ex diverſa plane ratione: Si enim *longo* tempore ſervitutem quis poſſederit, non vi, non clam, non precario, ipſa actio negatoria ceſſat, quia ea poſſeſſio inſtar tituli eſt. (*vid. infr. l. 41. tit. 3. q. 27.*) Adeoque fruſtra ibi de probatione negatoriæ quæritur, cum poſſidens probata tali poſſeſſione, titulum probaverit: At in Marchia & terris Brandenburgicis ſpeciali edicto onus probandi ei injunctum eſt, qui in poſſeſſione fuit. Hæc ratio ceſſat in eo, qui *non longo* tempore poſſedit, ſed ſolam poſſeſſionem probavit: Is enim ex alia ratione a probatione tituli abſolvendus eſt; quia ſcil. major præſumtio eſt pro eo qui rem tenet, quam pro eo qui rem non tenet: & jure naturæ quoque res in ſtatu præſenti manere debet, donec mutatio probetur.

Obj. (8) Præjudicia infinita & communis Doctorum ſententia. *Vid. Stryk. U. M. b. §. 2. ibique late Dd.*

Sed (1) non autoritatibus pugnandum, verum rationibus & legibus.

(2) Similem cumulum autorum & præjudiciorum allegavi ſupra.

LIB. VIII. TIT. VIII.

QUEMADMODUM SERVITUTES AMITTANTUR.

Qv. I. *An, & quomodo, ſocii in fundo communi ſervitutem vel acquirere vel conſtituere poſſint?*

Laut. pag. 141. verb. *Ut & ſi duo prædia ſibi invicem ſervientia &c.*

Resp. Socii ratione communis ſui fundi communem ſervitutem a tertio acquirere, & talem, ei dare, tanquam unus dominus poſſunt. *L. 19. ſerv. ruſt.* ibi: *ſi omnes ſtipulentur, ſive communis ſervus, ſinguli ex ſociis ſibi dari oportere, petere poſſunt.*

At unus eorum ſeorſim ſervitutem neque dare, *l. 34. pr. Eod.* ibi: *Unus ex ſociis fundi communis permittendo jus eſſe ire, agere, nihil agit.* Conf. *l. 2. ff. ſervit.* neque eam alteri ſocio ſtipulari, & acquirere, *d. l. 19. l. 5. com. præd.* nec ipſi inter ſe nec a ſe invicem eam ſtipulari poſſunt. *d. l. 19.* ibi: *ſi unus ex ſociis ſtipula-*

ſtipulatur (a ſociis ſuis) *iter ad fundum communem, inutilem eſſe ſtipulationem.* Ratio additur in *l. 32. ff. ſerv. Ruſt. quia per partes ſervitus nec acquiri nec imponi poteſt;* Nam ſi unus ſociorum eam vel acquireret, vel daret, de ſua ſaltem parte diſponeret; reliquis enim nec acquirere aliquid, nec eorum parti onus imponere poteſt; indeque contra regulam *d. l. 32.* pro parte ſervitutem acquireret, vel conſtitueret.

Exc. (1) Niſi ſocius ſuam partem fundi communis mihi donaſſet, & tum per ſocii fundum ſervitutem prædio ſtipulatus ſim, jam enim fundus totus ad me pertinet, *d. l. 32.*

Idem quoque eſt (2) Si ſocii communicent prædia invicem ſervientia. *d. l. 34. pr.* ibi: *Quia ſervitutem pro parte retinere placet, ab altero ſervitus alteri remitti non poteſt; quamvis enim unusquisque ſociorum ſolus ſit, cui ſervitus debetur, tamen quia non perſonæ, ſed prædio deberent, neque acquiri libertas, neque remitti ſervitus pro parte poteſt.* Idem traditur in *l. 30. §. 1. ſerv. Urb.*

Exc. (3) Si unus ſociorum acquirat prædium ſerviens, vel ſuum ſervienti vendat; quia eadem eſt ratio. *d l. 34.* Conf. *l. 8. §. 1. ſervit. l. 30. in f. ſerv. Urb.* per partes enim retinetur ſervitus.

Qv. II. *An, ſi ſocii fundum ſibi ſervientem acquirant, tota confundatur ſervitus?*

Affirm. Et fundus exſtincta ſervitute liber fit. *L. 27. ſerv. ruſt.* Cum enim ſocii ſimul, & ut una perſona, totum acquirant fundum, nulla pars aliena eſt, ſed quælibet particula utrique propria. Unde revera ipſis res propria ſerviret, quod per naturam eſſe nequit. Et hoc eſt quod in *d. l. 27.* bene dicitur ſervitutem exſtingui, *quia par utriusque domini jus in utroque fundo eſſe incipit.*

Exc. Si quisque proprium fundum habeat, & fundum communiter ſervientem acquirant, tunc unusquisque pro parte ſervitutem habet, ratione ſui fundi, *d. l. 27. at ſi proprio meo & proprio tuo idem* (ſcil. tertius) *ſerviat, manebit ſervitus, quia proprio fundo per communem ſervitus deberi poteſt:* Manet ergo pars aliena.

Qv. III. *An, ſi in fundo aliquid ſervituti contrarium permittitur, tacite ea remiſſa videatur?*

Affirm. Si ſervitus plane amplius exerceri nequit, de quo eſt *l. 8. pr. h.* At aliud eſt, ſi dominans non permittat aliquid fieri ſervituti contrarium, ſed patiatur ſaltem vicinum v. g. altius tollere, tunc enim non remittit ei ſervitutem, *quid &c.*

Laut. pag. 141. verb. *Si ſcil. in fundo ali-*

tutem, ſed amittit poſſeſſionem, de quo eſt *l. 6. §. 1. Si ſerv. vind.* quæ proinde non obſtat: Atque hinc intra decennium contradicere, ac ſervitutem vindicare poteſt, quia ſervitus non amittitur non uſu, niſi accedat tempus lege definitum. Vid. *q. ſeq.*

Qv. IV. *An una ſervitute remiſſa reliquæ quoque remiſſæ cenſeantur?*

Laut. pag. 141. verb. Una remiſſa &c.

AFFIRM. Si ſimul ſtare non poſſunt: nam remiſſo jure, remiſſa quoque cenſentur omnia, ſine quibus jus illud exerceri non poteſt; Ita ſi quis vicino & viam & ſervitutem non ædificandi debeat, hac remiſſa etiam via remiſſa cenſetur.

At ſecus ſi ſimul ſtare poſſunt: Hinc ſi (1) iter & uſumfructum habeam, hoc remiſſo iter manet. *L. 20. pr. ſerv. ruſt.* (2) Si ſervitutem aquam ducendi & non ædificandi in tuo habeam, hac remiſſa illa ſalva erit. *d. l. 20.* (3) Si quis debet mihi ſervitutem altius non tollendi, & ſtillicidii recipiendi, illa remiſſa hæc manet. *L. 21. pr. ſerv. ruſt.* adeo, ut ille, cui altius tollere permittitur, ita ædificare debeat, ut aquæductus & ſtillicidium ſalvum ſit, d. l. 20. *d. l. 21.* niſi in ſpecie conceſſum, ut ultra ſtillicidium ædificare vel etiam *in infinitum* poſſit. Cæterum aliud eſt, ſi non remittatur ſervitus; ſed ſi ſerviens patiente & non contradicente domino ædificet, tunc enim dominans jus non ædificandi non remiſit, neque enim id declaravit, neque apparet *permiſiſſe*, cui ſpatium adhuc competit ad contradicendum; neque actio tollitur ſilentio, niſi longi temporis; ſed ſola poſſeſſio transfertur, quam propter patientiam amittit. Vid. *l. 6. §. 1. ſi ſerv. vind.* Conf. *q. præc.*

Qv. V. *Cur urbanæ ſervitutes ſolo non uſu non amittantur, ſed præter non uſum etiam requiratur, ut adverſarius libertatem præſcribat?*

Laut. pag. 141. verb. In urbanis ſolus non uſus &c.

RESP. Quia prædiorum urbanorum ſervitutes in ſitu & forma lege definita conſiſtunt. Situs autem ille non mutatur per ſolum non uſum dominantis, ſed accedente demum facto ſervientis, ex quo apparet illum vindicaſſe libertatem: Secus ac in ſervitutibus ruſticis, quæ in facto conſiſtunt, quod ſi dominans longo tempore negligat, in pœnam illo jure privatur. *Vid. tit. de ſervit. q. 1.*

LIB. IX. TIT. I.

SI QVADRVPES PAVPERIEM FECISSE DICATVR.

Qv. I. *An utilis actio ex hoc titulo detur, si fera bestia, quæ in dominio alicujus est, damnum dederit?*

NEG (1) Quia utilis actio nunquam datur contra, sed juxta mentem legis; lex autem & ejus ratio expresse restringit hanc actionem ad bestias vitiosas, *L. 1. §. 4. 7. & 10. h.* Cum ergo (2) fundamentum actionis in eo consistat, quod contra naturam, adeoque ex vitio damnum datum sit, cessat necessario in feris, quæ non ex vitio, nec contra naturam, sed secundum eam damnum dant. (3) Idque confirmatur per text. in *pr. Inst. Si quadr. paup* verb. *Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. l. 2. §. 10.* ibi: *In bestiis autem propter naturalem feritatem hæc actio locum non habet.* Atque hinc (4) feræ bestiæ detentores non nisi ex culpa sua tenentur, vel ex L. Aquilia, *L. 29. §. 6. L. Aquil.* vel ex ædilitio edicto, si prope viam eas habuerint, & inde damnum contingat. *§. 1. Inst. h.*

Laut. p. 142. verb. Etiam utilis actio datur &c.

OBJ. (1) *Arg. l. 1. §. 10. h.* ubi dicitur actionem hanc non dari si ursus fugit, & additur ratio, quia desinit dominus esse ubi fera evasit; Ergo e contrario ubi ursus non fugiens damnum dat, & ubi proinde dominus non esse desiit, dabitur hæc actio.

RESP. (1) Duas in *d. §. 10.* allegari causas, cur actio hæc non possit dari si fera damnum det, altera generalis, scil. ob feritatem naturalem, quæ valet, sive fera fugiat, sive non; altera vero specialis, & propria exemplo proposito, quia scil. fera, quæ fugit & damnum dat, dominum non habet.

RESP. (2) Duæ quæstiones ibi proponuntur (α) an actio hæc detur, si ursus fugiens damnum dat? & recte hoc negatur, addita ratione a feritate naturali desumta, verb. *In bestiis autem NB. propter naturalem feritatem actio hæc locum non habet, & ideo si ursus fugit, & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri.* At tum (β) quæritur, ad quem corpus hujus ursi occisi pertineat? & ait JCtus, *Quin* (nam ita legendum pro *quia*; tum quia non potest tanquam ratio prioris quæstionis allegari, cum alia jam ibi allegata sit, feritas scil. naturalis, tum quia tot legibus evictum est actionem hanc de fera non dari, etsi dominus ejus adhuc sit; tum quia ex sequenti præsupposito postea concludit JCtus ad quemnam corpus ursi pertineat, adeoque præsuppositum illud ad eum solum

casum restringi debet) *definit dominus esse ubi fera evasit*, *& ideo*, *etsi eum occidi*, *meum corpus est*. Adeoque ratio hæc, quod desinat dominus esse, non pertinet ad priorem quæstionem, sed ad posteriorem, indeque tota vis argumenti a contrario cessat.

Obj. (2) *arg.* §. *1. Inst. h.* Ubi cum actione ex ædilitio edicto, quæ etiam de damno a fera dato competit, concurrit actio de pauperie, adeoque etiam hac vindicari damnum a fera datum videtur.

Resp. Concurrit positis terminis habilibus, si scil. animal contra naturam generis damnum dat, i. e. si canem &c. ibi habuit ubi vulgo iter fit, non si Leonem ibi habuit, illo enim casu datur & actio ex ædilitio edicto, & actio de pauperie; hoc vero casu sola ex Lege Aquilia.

Obj. (3) *L. 1.* §. *6. & 7. h. t.* Ubi actio hæc datur de damno a fera dato.

Resp. Loquitur non de mansueta bestia, sed ferociente, & sic quæ contra naturam generis fera facta est.

Obj. (4) *L. 1.* §. *4.* verb. *omnes quadrupedes &c. ff. h. t.*

Resp. Scil. in quibus non est naturalis feritas. *L. 1. ∫. 10. h.*

Obj. (5) *L. p. h.* Ubi de omni animali hæc actio datur.

Resp. Quadrupedi ibi opponitur non fera, sed bipes.

Obj. (6) Quod eadem videatur esse ratio.

Resp. Id negatur, quia in feris vitium non est, sed natura. *d. l. 1.* §. *10.* Vitium enim naturale non est vitium, nec culpa, sed natura. *Bald. ad l. Quæ fortuit. n. 69. C. Pign.*

Atque hanc sententiam præjudiciis firmat *Phil. l. 4. Ecl. 63.* Conf. *Struv. h. ∫. 1. ibique Müller.*

Not. (1) Si fera male custodita erumpat, & damnum det, actionem ex L. Aquilia dari ait *Struv. ∫. 5.* etsi non sit in dominio; & præterea possessor illius feræ extra ordinem punitur. *O. C. art. 136. Stryk. U. M. h.* §. *5.*

Not. (2) De actione contra circulatores & circumforaneos, qui noxia animalia habent, vide *Struv. d. l. ibique Müller.* De feris, quæ segetem subditorum depascunt, generositati Principum id relinquit *Struv. ∫. 2. h. ibique Müller.* De damno a furioso & infante dato videatur *Dn. Stryk. U. M. h.* §. *2. & seq.*

Not. (3) An canem invadentem occidere liceat, egregie decidit *Stryk. d. l.* §. *19.*

Not.

Not. (4) An beſtia hominem occidens iterum occidi debeat, vid. *ibid.* §. *20*

In foro actionem de pauperie obtinere, & quidem tantum in beſtia, quæ commota contra naturam damnum dat, teſtatur *Dn. Stryk. U. M. h.* §. *4.* & *5.* at jure Saxonico ſecus, ubi non diſtinguitur nter damnum a fera vel manſueta beſtia datum, *ibid.* §. *6.*

Qv. II. *An Pecudem in agro meo deprehenſam includere & pignori capere liceat?*

De Jure Civili id NEGANT plurimi Dd. apud *Mull. ad Struv. h.* §. *4. lit. b. Mev. p. 1. dec. 34 Klock. Vol. 3. conſ. 155. n. 251.* propter *l. 39.* §. *1. h.* at contrarium perquam erudite demonſtrat *Feltm. de incluſ. animal c. 1.* inprimis ex textu in *l. 29.* §. *7. L. Aquil.* ubi is, qui pignori cepit animalia, non ideo tenetur, quod illicite ceperit, ſed quod eis cibaria afferri paſſus non fuerit. Quam ſententiam probat *Dn. Stryk. h.* §. *15.* in caſu ubi dominus ignoratur.

At moribus, inprimis Saxoniæ, vid. Landr. *l. 2. art. 40.* & totius fere Germaniæ, hæc pignoratio indubie recepta eſt: *Phil. Uſ. pr. Inſt. l. 4. E. 18. n. 4.* Modo in ipſo facto, i. e. in fundo meo animal deprehendatur, Landr. *l. 2. art. 28.* licet perſequendo in alienum fundum, illud ceperim: Secus ergo (1) ſi jam ſit egreſſum animal. *Grat. diſcept. for. tom. 1. c. 80. n. 9.* (2) Nedum ſi alio die pignoretur: Atque hinc ob hæc requiſita deficientia pignoratio Halberſtadii a dominis improbata fuit anno 1706. in cauſa des Peiniſchen Schaffmeiſters contra den Amtmann Poſewitz.

Not. (1) Ita includi poſſunt etiam animalia Clericorum, Studioſorum, Magiſtratuum, Judicumque, etſi per imperitiam equitantium cohiberi nequeant; de quibus late *Müller ad Struv. d. l. Phil. Uſ. pr. Inſt. l. 4. Ecl. 63. n. 7. ſeq.*

Excipiuntur ſaltem illi, qui in cauſa publica equitant, ut milites, legati, curſores, horum enim equi ita pignori capi non poſſunt, at actio in perſonam datur. *Müller d. l. Mev. de arreſt. c. 8. n. 10. 4. ſeq.*

Not. (2) Pignus ita privata autoritate captum ultra 24. horas non detineri, ſed judici offerri debet. *Müll. d. l Berl. p. 2. concl. 24. n. 23.* & *24. Stryk. d. l* §. *25.* Nec plura pecora capi poſſunt, quam quot damno reparando probabiliter ſufficiunt. *ibid.* §. *18.*

Not. (3) Juſta ſatisdatione pecus incluſum liberatur. *Richt. p. 1. dec. 5.*

Not. (4) Juſta paſtione refici interim, donec redimatur pecus, debet.

Müller.

Müller. d. l. impenſas vero interim a capiente factas dominus reſtituit. *Phil. d. Ecl. 18. n. 8.* ubi duo præjudicia.

NOT. (5) Pignori capiens præſtat culpam leviſſimam. *l. 39. pr. junct. l. 44. L. Aquil.* Animal abire nolens poteſt interfici. *Phil. d. l. n. 7.* alios caſus vide apud *Dn. Stryk. d. l.* §. *16.*

NOT. (6) Male domini jurisdictionales in quibusdam locis ſibi animal vindicant. *Phil. d. Ecl. 63. n. 15.*

NOT. (7) Plura alia egregia de pignoratione vide apud *Müll. d. l. Feltm. d. l. Stryk. U. M. h.* §. *15.* & *ſeq.*

NOT. (8) Non tantum ex hoc capite, ſed & ob turbatam jurisdictionem, poſſeſſionem &c. pignoratio permittitur. *Phil. d. E. 18. n. 4.*

NOT. (9) Pignoranti reſiſtens, vel pecus pignoranti iterum eripiens, pœnam incurrit. *Stryk. d. l.* §. *17.*

QV. III. *An actio de pauperie tantum ei detur, qui tempore actionis motæ noxæ dominus eſt?*

Laut. pag. 142. verb. Contra illum qui tempore actionis &c.

AFFIRM. Nam fundat hæc actio ſe in quaſi culpa domini, cui quodammodo imputari poteſt, quod tale animal noxium habuerit, indeque ejus dominio privatur; quod proinde fieri nequit, niſi dominus ſit; vide hac de re late *Struv. Ex. 14. th. 8.* Conf. *Phil. Uſ. pr. Inſt. l. 4. Ecl. 63. n. 15.*

OBJ. Quod hæc actio ſit perſonalis, vid. *Laut. p. 142. lit. D.* adeoque non poſſit dari contra quemcumque poſſeſſorem.

RESP. Eſt perſonalis, at in rem ſcripta: nam noxa ſequitur caput, & nemo poteſt noxæ dedere, niſi qui rem habet.

QV. IV. *An, qui dolo vel lata culpa poſſidere deſiit, habeatur pro poſſeſſore?*

Laut pag. 142. verb. Aut dolo talis eſſe deſiit &c.

RESP. De dolo hoc indubium; de lata culpa vero id negat *Struv. ſ. 17. h.* & alii, ſed tota res expedita eſt ſupr. *tit. de R. V. q. 4.*

OBJ. (1) *arg. l. 12. l. 21. pr. Nox. act.* ubi tantum doli fit mentio.

RESP. Sub dolo continetur lata culpa. *d. q. 4.*

OBJ. (2) Quod in hac materia nullibi comparentur.

RESP. Comparantur ſua natura. *d. q. 4.*

Qv. V.

Qv. V. *An obligatio in noxalibus actionibus sit alternativa?*

NEG. Sed vi actionis actor agit saltem ad noxæ dedendum; at beneficio legis domino noxæ datur electio, num velit dedere, num æstimationem solvere; & sic æstimatio non est in obligatione, sed in præstatione; de quo, & quid intersit, late egi supra *l. 2. tit. 3. q. 7. & 8.*

Laut. pag. 143 verb. Utrum reus elegerit.

LIB. IX. TIT. II.

AD LEGEM AQUILIAM.

Qv. I. *An, si liber homo statim perierit, ejus hæredibus detur actio ex L. Aquilia pro operarum & alimentorum neglectu?*

NEG. (1) Quia hæc actio tantum est de damno dato, at de futuro seu infecto non datur actio, sed saltem cautio. *§. 3. & §. f. Inst. h. t.*

Laut. pag. 143. verb. Non datur si liber homo statim &c.

INSTO, quod in §. *11. h.* etiam computetur hæreditas, quæ est damnum futurum.

RESP. Imo ibi supponitur hæreditas, quæ potuit jussu domini adiri, voce *amissæ*: Adeoque ibi præsens est id, quod neglectum est, & jus quæsitum est domino, quod secus est in operis, aliisque commodis, quæ a futuro eventu dependent.

(2) Ubi nullum est damnum datum, ibi cessat quoque actio L. Aquiliæ, *L. 33. in f. pr. l. 5. §. 1. h. Laut. h. p. 143.* Hic nullum est damnum operarum post mortem, quia nec mortuus damnum, aut quicquam, post mortem patitur; morte enim omne jus desinit, & sic juris privatio, cum enim nihil in patrimonio defuncti fuerit, ei quoque nihil dici potest esse ademtum. Ergo &c. *l. 24. V. S.*

(3) Cujus jus nullum defuncto quæsitum fuit, id ad hæredes non pertinet, *d. l. 24.* atqui hic nullum jus defuncto quæsitum fuit, quia operæ adhuc futuræ, & ab incerto eventu dependentes sunt, quarum dies nec cessit, nec venit; Ergo &c.

(4) Ob operas neglectas tantum agit, cujus sunt operæ, & qui neglexit. *L. 3. Si Quadr. paup. l. 5. §. 5. l. f. His qui ef.* Mortui autem nullæ sunt operæ.

(5) Tantum læsi, non occisi, operæ æstimantur, *dd. ll.*

(6) Quantum vero peterent hæredes? cum non possit probari, quidnam lucrari potuisset defunctus, quin, cum alias mori, mancus fieri, vel negligere, vel morbo impediri potuisset.

(7) Quin etsi operas præstitisset, potuisset forte ad alia impendere quam alimenta hæredum, &c. male scil. consumendo.

Atque hinc (8) in *l. 33. in f. pr. h. t.* expresse dicitur illud damni nomine venire, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.

Denique & (9) in *l. 15. l. 16. §. 1. & l. 36. §. 1. h.* diserte traditur actionem hanc ad hæredem occisi non pertinere.

OBJ. (1) *L. 68. ad L. falc.*

RESP. Non ibi de futuro damno restituendo agitur, sed de æstimatione fructus ex vita probabili. Vid. *sup. tit. Quib. mod. Ususfr. am. q. 1.*

OBJ. (2) *L. 7. pr. h.*

RESP. Loquitur de operis viventis, eoque vere neglectis, & sic damno dato quod apparet.

OBJ. (3) *L. 14. l. 23. pr. h.*

RESP. Non loquitur de operis, sed de servis legatis, & occisis, quod verum ac præsens damnum hæredis & legatarii est, qui dominium ipso jure acquirunt.

OBJ. (4) *L. 23. §. 8.* Ubi actio hæredi datur.

RESP. Actio omnino datur hæredi, sed de damno, quod hic non est.

OBJ. (5) *L. 1. §. 5. his qui dejec.*

RESP. Datur ibi popularis actio de homine occiso in 50. aureos, non hæc de damno.

Moribus tamen viduæ ac liberis aliquid solvi obtinuit *B. Par. Hyp. Inst. h. t. §. 8. Sand. l. 5. tit. 9. def. 5. Vinn. pr. Inst. h. Giseb. Inst. Harm. ad §. 1. His qui quasi ex del. n 82. & late seq.* Quod arbitrio judicis relinquitur. *Stryk. U. M. h. § 9.*

QV. II. *An actio hæc detur provocanti vulnerato ad expensas & interesse?*

Laut. p. 143. verb. Hinc non datur provocanti &c.

NEG. Quia sua culpa damnum sentit, indeque pro damno non habetur. *L. 103. R. I.* Accedit, quod nemo improbitate sua actionem consequatur. *L. 12. §. 1. furt. l. 22. Neg. Gest. l. 1. §. 11. si quadr. paup.*

Idem

Idem quoque eſt in provocato, qui ultro comparuit, nam cum hoc quoque illicitum ſit, *arg. l. 7. §. 4. l. 45. §. 4. h.* neque huic hæc actio habitur.

Obj. (1) §. 2. *Inſt. h. l. 5. pr. ff. h.* ubi qui aggreſſorem occidit, injuria feciſſe, & ſic ex hac lege teneri videtur.

Resp. Loquuntur de caſu, ubi aliter evitare periculum, & fugiendo ſe tueri poterat aggreſſus, indeque tenetur non de damno, ſed de occiſo ex L. Cornelia. *d. l. 5.*

Obj. (2) *L. 45. ſ. 4. h.* ibi: *tenebor lege Aquilia.*

Resp. Non loquitur de provocante, ſed de eo, qui telum miſit in prætereuntem, eumque occidit, hic ergo culpa ſua tenetur ex L. Aquilia.

Obj. (3) *L. 7. ſ. 4.* ibi: *ſi cedentem vulneraverit, erit legi Aquiliæ locus.*

Resp. Ibi contra legem arenæ cedentem in pancratio vulnerat, indeque tenetur ad damnum culpa & fervore certaminis datum reſarciendum.

Obj. (4) *L. 52. §. 4. h.* ibi: *tabernarii culpa factum videri.*

Resp. Ibi tabernarius, tanquam autor rixæ, damnum ſua culpa datum reſtituit.

Obj. (5) *C. 12. X. reſt. ſpol.* ibi: *ſatisfactionem debitam exhibere.*

Resp. Loquitur de eo, qui modum exceſſit in defenſione, adeoque de eo, qui ſua culpa damnum dat; Hic enim aggreſſori quoque ad damna & expenſas tenetur, uti ſæpius ita pronuntiatum eſſe ait *Berg. in reſol. h. t. q. 2.*

Qu. III. *An, & cur in L. Aquilia vindicetur damnum etiam leviſſima culpa datum?*

Equidem vindicari hic damnum leviſſima quoque culpa datum omnes fere conſentiunt, & textus expreſſus eſt in *l. 44 pr.* ibi: *in l. Aquilia & leviſſima culpa venit. ff. h. t. Vinn. §. 2. Inſt. h.* ubi varias vide ſententias, *Gœden. Conſ. 103. n. 34. Treutl. h. §. 4. lit. f.*

Laut. pag. 143. verb. *Etiam leviſſima.*

Obj. *L 13. pr. Liber. Cauſ.* ubi *culpa* teneri dicitur; voce autem culpæ ſimpliciter poſita intelligitur levis. *L. 3. §. 1. l. 6 ff. Jur. Ignor.*

Resp. Aliud eſt, ſi certus culpæ gradus ex natura negotii definitus eſt, tunc enim culpa ſimpliciter poſita intelligitur gradus ex natura illius negotii definitus, *d. l. 3. junct. d. l. 44.*

At ratio, cur in L. Aquilia leviſſima culpa præſtetur, adeo evidens non eſt, ſed primus e viſceribus juris gentium eam eruit. *B. Parens* in *tract. de Culp.*

Disp. 3. th. 18. junct. th. 24. n. 6. & Collat. ad Struv. Coll. 2. th. 15. Probavit enim ille ex rigore naturali hominem obligari ex omni eo, quod intellectu suo providere potuit. *dict. Coll. 1. 2. 3. 4.* adeoque teneri eum naturaliter ad exactissimam diligentiam. *ibid. th. 5.* hunc vero rigorem naturalem remansisse circa legem Aquiliam. *d. Coll. 2. n. 15.* idque ideo, quia iniquum esset dominum potius damnum ferre, quam eum, qui dedit, cum illi nihil vel minus forte imputari possit, quam huic, uti id plenius discutit *B. Parens in dict. Disp. 2. th. 10. dict. Disp. 8. th. 18. dict. Coll. 2. th. 15.*

Qv. IV. *An tunc quoque reus ex culpa levissima teneatur, si res exactissimam diligentiam non requirat, ut si concurrat actio depositi?*

Dissent. Laut. pag. 343. verb. nisi res exactissimam &c.

AFFIRM. Atque hinc si in re deposita damnum datum sit, etsi ex natura negotii tantum lata culpa præstetur, tamen si actione L. Aquil. de damno agatur, culpa levissima præstatur: (1) quia distinctæ actiones sunt & unaquæque propriam naturam præstationesque habet. (2) Ex diversa causa oriuntur, altera ex contractu, & facto licito, altera ex quasi delicto, & facto illicito: Neque (3) ratio apparet, cur magis Legis Aquiliæ, quam actionis depositi præstatio mutaretur, cum utraque æque sit principalis: Neque (4) ullibi nudus concursus actionum id operatur, ut actionis præstatio mutetur. *L. 45. ff. pro socio.* Idque (5) confirmatur per text. expr. in *l. 3. pr. Naut. caup.* ubi res apud nautam deposita conveniri potest actione depositi ad damnum lata culpa datum, & tamen si actione de Nautis, caup. &c. convenitur, tenetur ad levissimam. *d. l. 3.* ibi: *quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.* Ita in *l. 5. §. f. h.* is, qui operam locavit, & damnum accepit, habet actionem locati ob levem culpam, & actionem ex L. Aquilia ob damnum levissima culpa datum. Ita actione furti contra socium agi potest, etsi concurrat actio pro socio. *d. l. 15.* Denique in *l. 45. pr. & §. 1. Locat.* agitur de furto noxaliter, etiam propter levissimam culpam, non vero ex locato, quia hac tantum vindicatur levis.

OBJ. Quod in deposito culpa levis & levissima sit improbata.

RESP. Hinc sequitur, quod, si quis actionem ex deposito intentat, nec levem nec levissimam præstet: At si ex L. Aquilia agit, adeoque intendit alterum deliquisse corpore, vel in corpus alienum damnum dedisse, tunc omne damnum facto illicito datum, alter restituere debet: In electione ergo læsi est, quam actionem instituere velit, si actionem ex deposito eligit, lædens tenetur tantum ex lata culpa, si actionem ex lege Aquilia, etiam ex levissima.

OBST. *arg. l. 32. ff. depos. §. f. Inst. societ. arg. l. 151. R. I. l. 24. §. f. l. 26. Damn. inf.* ubi depositarius, socius, conductor, vel creditor, &c. qui rem depo-

depositam; conductam, vel oppignoratam levissima culpa fecit deteriorem, eo nomine non tenetur.

RESP. Non tenetur eo nomine, si actione depositi, pro socio, conducti, &c. convenitur. At secus est, si actione ex lege Aquilia damnum datum vindicatur; tunc enim etiam ex levissima culpa tenetur.

Atque hæc est sententia *Zœsii in Comm. h. t. n. 9.* Dissentit *Laut. h. p. 143. Struv. h. t.* §. *20. ibique Müll. lit. n.* Conf. *Berger. in resol. h. t.* ubi ait dissentientium sententiam se ab æquitate, Dd. consensu, usuque ac consuetudine commendare; eamque præjudicio firmat *Dn. Stryk. U. M. h. ʃ. 14.* At cum ea nec lege, nec juris ratione nitatur, vereor ut ea usu fori defendi possit: Unde hodieque naturam actionis, ex qua agitur, inspiciendam esse putarem.

QV. V. *An hac actione vindicetur quoque damnum omittendo datum?*

RESP. Non vindicatur directa actione Legis Aquiliæ, quia ea vindicatur damnum, quod corpore in corpus datur, adeoque factum aliquod hic requiritur. *L. 27.* §. *9. h.* ibi: *nihil enim fecit. l. 13. ʃ. 2. Usufr.* utilis tamen actio datur, si alia non est. *d. l. 27.* §. *9.*

Laut. p. 144. verb. Omittendo.

OBJ. *L. 7.* §. *2. l. 8. l. 27.* §. *9. h.*

RESP. Ibi factum aliquod concurrit.

Atque hanc sententiam confirmant Dd. apud *Vinn.* §. *2. Inst. h.* qui ipse dissentit cum *Laut. h. p. 144. Struv.* §. *29. h. &c.* at effectu conveniunt, nam & illi supponunt aliquod factum omissioni præcedens, vel cum ea concurrens: vide bene hac de re differentem *Bergerum resol. h. t. q. 3.*

QV. VI. *An recte definiatur vulnus lethale, quod aliquando curatum est?*

NEG. Quia aliud alii mortiferum esse potest, alii non. *L. 7. ʃ. 5. h.* Rectius ergo tunc lethale dicitur, ex quo hunc mortuum aut moriturum esse apparet. Adeoque si in simili persona curari non potest, etsi in alio forte robustiori curari potuisset. *d. l. 7.* Quod ex judicio medici definitur. De lethalitate vulneris vide late *Hörn. de Jur. post.*

Laut. pag. 145. verb. Quale vulnus aliquando &c.

QV. VII. *An etiam illi detur actio ex Lege Aquilia, qui tantum jus ad rem habet?*

NEG. Quia illi tantum actionem personalem, v. gr. contra locatorem, habent, ut ille damnum datum restituat, ut uti licere præstet, &c. Et tunc loca-

Laut. pag. 145. verb. Non etiam illis.

tor vel agit ex lege Aquilia, vel eam conductori cedit. §. 3. *Inst. Emt. vend.* Neque (2) utilitas hujus pœnæ interverti debet domino; inprimis cum (3) conductoris nihil intersit, qui actione contra dominum instituta damnum repetere potest. Idque (4) expresse ita traditur in *l. 11. §. 9. h.*

Exc. Quando conductor actionem contra dominum non habet, sed culpa forte sua negligit rem, indeque damnum ipsi datum est, tunc enim ipse potius domino tenetur, & sic ejus interest damnum hoc restitui a lædente. *arg. l. 2. pr. si quadr. paup.*

Qv. VIII. *An ille, qui aggressori damnum dat ex lege Aquilia teneatur?*

NEG. Nam qui vim vi repellit, jure naturali utitur, indeque nihil ei imputari potest. *L. 4. pr. h. l. 45. §. 4. Eod. l. 1. C. Unde vi.* Vide tamen *supr. q. 2.*

Necessaria autem defensio *jure naturali* tunc est, si aggressus absque internecione aliter effugere injuriam non possit, sive illa actu inferatur, *l. 45. §. 4. h. §. 2. Inst. h.* sive saltem præparetur. *L. 4. verb. insidiantem h. t.* Etsi armis non lethalibus invadatur, & fuga salutem quærere possit; Nam cum ego *jus* habeam eundi & standi in loco, injuriam facit qui hoc jus aufert, indeque illud etiam cum internecione violantis defendere possum.

Jure Civili, quod tranquillitati & securitati publicæ studet, *non est necessaria* defensio, si fugere tuto potest; *d. l. 4.*

Noviter demum *ex Constitutione Car. V.* limitata & ad eum casum restricta est necessaria defensio, si lethalibus armis quis invasus alium occiderit. *O. C. art. 140. Phil. Us. pr. Inst. l. 4. Eccl. 14. n. 1. seq.*

His requisitis positis non tenetur invasus primum exspectare ictum, *O. C. art. 140.* quia eo ipso perire posset, merito igitur prævenire, eoque periculum avertere potest. *Dn Coccej. Hyp. Inst. h. §. 4.* Nec præcise requiritur, ut paria sint arma, *Dn. Coccej. d. l.* nam sufficit alterum vim mihi intentare, quam quocunque modo repellere possum.

Atque ex his apparet, quando moderamen inculpatæ tutelæ excedatur. Quod sit (1) si periculum non est, sed aggressus aliter illud effugere possit, atque hinc si potuit invasorem capere, & maluit occidere, non tantum ex L. Aquilia, sed & ex L. Cornelia tenetur. *L. 4. l. 5. pr. h.* Item, si non in continenti, sed ex intervallo aliquem occidat. *L. 3. §. 9. vi & vi &c.* quia tum non amplius est necessaria defensio, sed ultio, *d. l. 45.* Atque hinc in duello aliquem occidens ordinaria pœna tenetur, etsi injuriis ad duellum fuerit invitatus,

tus, quicquid diſſentiat *Phil. l. 4. Ecl. 14. n. 6. 11. ſeq.* Idem quoque obtinet, ſi tuto fugere potuerit. *d. l. 4. Stryk. U. M. h. §. 10. & 11.* (2) Si actu non invadatur, ſed ſaltem inſidiæ ſtruantur, niſi inſidias illas evitare ſine internecione inſidiantis non poſſit. *d. l. 4.* (3) Si non lethalibus armis invadatur, ſed ſaltem pugno percutiatur; tunc enim quoque ex ord. criminali non videtur neceſſaria defenſio, *O. C. art. 140. Stryk. d. l. §. 12.* Indeque his omnibus caſibus extra ordinem punitur occiſor.

NOT. Moderamen inculpatæ tutelæ allegans illud probare debet: ſufficiunt vero conjecturæ, & vulgares probationes, quæ juramento ſuppleri poſſunt, quia in liberando debemus eſſe faciles. *O. C. art. 140.*

Qv. IX. *An is, qui tempore incendii vel tempeſtatis juſto metu damnum dat, ex hac lege teneatur?*

NEG. Atque hinc, ſi quis incendii arcendi cauſa vicinas ædes intercidit, ceſſat actio legis Aquiliæ, etſi ignis eo non pervenerit. *l. 49. §. 1. h. t.* quia juſtus metus eſt, ne ignis eo perveniret, *d. l. 49. l. 3. §. 7. de Incend.* Neque tunc revera damnum eſt, quia ædes probabiliter æque perituræ fuiſſent. *L. 7. §. 4 ff. Quod vi aut clam. Struv. h. §. 21. Laut. p. 144.* At ſi aliquid vi aut clam factum eſſe dicatur, tunc ex interdicto quod vi &c. ad ſimplum litis tenentur vi & clam diruentes. *d. l. 7. §. 4.*

Eadem ratio eſt, ſi quis ſervandarum mercium cauſa alienas merces in mare projecit, nam tunc nulla actione tenetur. *L 14. pr. Praſcr verb.* At (1) ſi ſine cauſa id fecit, actione in factum, vel dolo, tenetur. *Ibid.* (2) Si levandæ navis cauſa tempore tempeſtatis jactus fiat, omnium contributione ſarcitur, quod pro omnibus datum eſt. *L. 1. l. 2. L. Rhod. de jact.* (3) Si culpa alterius damnum datum ſit, ut ſi ratis male alligata vi fluminis in agrum meum deferatur, de damno hoc alter cavere debet, per *l. 9. §. 3. Damn. inf. ibique Goth. l. a.* Denique & (4) aliud quoque eſt moribus emporiorum in caſu, ubi duæ naves caſu collidendo damnum dant, tunc enim damnum ita datum communicatur. *Coren. Obſ. pen. & ult. Neoſt. dec. 49.* niſi unius culpa manifeſte appareat. Conf. *tit. ad L. Rhod. &c. q. 8. & 9.*

Qv. X. *An pœnæ L. Aquiliæ hodieque obtineant?*

NEG. Quia pœnæ privatæ hodie ceſſant. Vide infr. *tit. de Obl & Act. B. Par. Laut. pag. Inſt. tit. act. §. 23. Laut. h. p 145. ibique Grœnw. Matth. & Gudelin.* Hinc 145. verb. hodie non æſtimatur damnum quanti retro vel in anno, vel in menſe fuit, ſed quanti die damni dati eſt. *Hyp. h. tit. §. 8. Struv. h. §. 25. Stryk. U. M. h. §. 2 & 3.*

Hodie non obſervatur.

& 3. Quo etiam continentur ea quæ occasione damni fiunt. *dict. Hyp.* Nisi in specie illa æstimatio Civilis recepta appareat, ut in Borussia. *Stryk. d. l.* §. 3.

Atque hinc nec hodie lis inficiando crescit in duplum, nam hæc quoque pœna privata est. *Stryk. U. M. h.* §. 20.

Qv. XI. *An etiam cicatrices, deformitas, aut dolores æstimentur?*

Laut. ibid. verb. *Non etiam deformitas.*

NEG. *Laut. d. p.* 145. Quia corpus liberum non recipit æstimationem: Atque hinc est quod, si in tale corpus aliquid effusum vel dejectum est, non detur æstimatio cicatricum. *L. f. ff. de Eff. & dej.* vid. *tit. seq. Qu. fin.* attamen injuriarum tenetur ita effundens vel dejiciens; etsi enim corpus liberum æstimationem non recipiat, injuriam tamen patitur, nam quicquid non jure fit, injuria est, *arg. l. 8. de Injur. & arg. pr. Inst. de Injur. Phil. Us. pr. I. l. 4. E. 34. n. 10. & n. f.* ubi præjudicium affert. Conf. *Stryk. U. M. h.* §. 10. *B. Par. Hyp. Inst. h.* §. 8. Egregie id decidit *Simon van Leeuwen l. 5. cens. for. c. 21. n. 18.* *Deformitatis*, inquit, *& cicatricum ratio habenda est, veluti si puellæ innuptæ facies deformata sit, quæ nubere non potest, nisi ampliore dote constituta, aut si honestioris viri facies per genas aut per faciem fuerit transcissa; quod præter deformitatem, probatioris vitæ famam onerare solet; quæ ita moribus obtinere certius est, quam ut probatione aliqua indigeant.*

At quoad cætera, nihil hodie mutatum apparet; atque hinc concurrunt criminalia judicia, si quis dolo vulneratus vel occisus est: *§. 11. Inst. h. l. 23. §. 9. h.* Item si nec corpus læsum est, datur actio prætoria in factum, vel de dolo; Quin hodieque custos vinctum dimittens vel misericordia vel culpa tenetur creditoribus ad interesse & ad pœnam arbitrariam; *Phil. d. l. 4. E. 19. n. 5. & seq.* vel si dolo dimittat, eandem incurrit pœnam, quam dimissus meruit; quanquam hoc judicis arbitrio rectius committatur: *Phil. Us. pr. d. l. n. 11. & seq.*

Qv. XII. *An actio in factum, & actio Legis Aquiliæ utilis, distinctæ actionum species sint?*

Laut. pag. 145. verb. *Cognata est actio subsidiaria &c.*

AFFIRM. Nam (1) actio *l. Aquil. utilis* datur ex mente legis, actio *in factum* vero ubi sententia legis Aquiliæ cessat. *Laut. p. 145. in f.* Etenim (2) *illa* datur ubi corpus corrumpitur & læditur; *§. f. Inst. h. Hæc* ubi damnum datur, etsi corpus non corrumpatur, ut si quis vinctum servum solvit, ut salvus aufugiat. *§. ult. in f. h. t.* Atque hinc (3) actio *hæc* datur ex solo dolo & lata culpa, tum quia de eo omnes textus concepti sunt, qui ejus meminere. *§. f. h. l. 49. pr. h. l. 55. ff. f. A. R. D. l. 7. §. 7. Dol. mal.* tum quia actio in factum a Prætore data est, prætor autem dolum tantum punit. *L. 1. §. 1. Si mens. fals. mod.* *Illa* vero etiam ex culpa levissima, *vid. sup. q. 3.* Unde (4) actio *hæc*, quippe præto-

prætoria anno finitur, *illa* vero quia est civilis, & ex plebiscito (vid. *Treutl. h.* §. 4.) finitur 30. annis &c. Atque hæ differentiæ (5) hodieque obtinent.

DISSENTIT *Dn. Berger. resol. h. t. Qu. 4.* at re ipsa consentit.

DISSENTIT quoque *Dn. Stryk. U. M. h. §. 6. & 7. ibique Dd.* Ubi in foro quoque nullum hujus differentiæ usum superesse ait.

Qv. XIII. *An is, qui agit contra vicinum, in cujus ædibus ignis exortus est, probare debeat ipsius culpam?*

NEG. Nam inhabitantis culpa semper præsumitur factum; *l. 3. §. 1. de Præf. Vigilum:* qualis quoque culpa est, si contra legem conductionis fœnum in villa composuit, tunc enim, etsi casu ignis injiciatur, tenetur inhabitans. *L. 11. §. f. l. 12. Loc. Cond.*

Laut. pag. 146. verb. *qui agit contra vicinum.*

OBJ. (1) *L. 11. Per. & com.* ibi: *quia sine patrisfamilias culpa fieri potest.* Unde concluditur, si paterfamilias diligens fuerit, ejus culpam non præsumi, adeoque eam probandam esse.

RESP. Imo, cum igne exorto semper culpa præsumatur, *d. l. 3.* cum incendium sine culpa fieri non possit, *d. l. 11.* nemo hic diligens & frugi præsumi potest, sed qui id allegat, probare debet: hoc autem probato, recte dicitur in *d. l. 11.* venditorem tum liberari, si eam diligentiam adhibuit in custodienda domo, quam homines frugi & diligentes debent præstare: Non ergo dicitur, quod paterfamilias diligens præsumatur, indeque ejus culpa probari debeat, sed quod (si de ejus diligentia constet, eaque probata fuerit,) tunc a culpæ præsumtione sit immunis.

OBJ. (2) *arg. l. 6. §. ult. naut. caup.* ibi: *ut certi hominis factum arguamus:* Qui autem certi hominis factum arguit, illud probare, culpaque ejus factum esse demonstrare debet.

RESP. Regulariter hoc verum, culpa enim regulariter non præsumitur, nisi tale factum sit, quod sine culpa fieri non potest, ut ignis injectio: per text. expr. in *d. l. 11.* Atque ita sentiunt *Carpz. p. 1. q. 39. n. 58. Vinn. l. 1. q. 33. &c.*

Qv. XIV. *Cur actio hæc non detur contra hæredes?*

RESP. Ideo quia actiones quæ ultra simplum, & sic ultra id quod ablatum est, dantur, pœnam prosequuntur, & pœnales dicuntur. §. 9. *Inst. L. Aquil.* (licet enim quoque rei persecutionem contineant, & hactenus mixtæ sint, tamen simpliciter in jure pœnales vocantur. Vid. late *Dn. Cocccj. in disp. de obl. hær. ex del. def. sect. 2. §. 12.*) Obligatio autem defuncti ad pœnam necess-

Laut. pag. 145. verb. *Non datur contra hæredes &c.*

necessario morte ejus desinit. *L. 20. de Pœn. Dn. Coccej d. S. 2. §. 2.* Atque hinc actio *L. Aquil.* transitura fuisset in hæredes, si in simplum daretur. *§. 9. L. Aquil.* at quia ultra simplum datur, & quantum retro plurimi &c. hinc tanquam pœnalis in hæredes non transit. *d. §. 9. l. 23. §. 8. h. t. Dn. Coccej. d. S. 2. th. 21.*

Adeoque falsum est, ideo hanc actionem ad hæredes non transire, quia est ex delicto, in qua sententia sunt *Laut. & Dd. Comm.* (nam actiones ex delicto quoque, si sint rei persecutoriæ, transeunt ad hæredes:) Sed ideo quia ultra simplum datur, & sic quia pœnalis est, pœna autem nunquam transit ad hæredes. *d. §. 9.*

Hodie hanc actionem ratione ejus quod interest ad hæredes transire ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 5. tum*, quia in simplum datur, *arg. d. §. 9. tum* quia J. Can. hæres tenetur pro rata hæreditaria ad refusionem damni a defuncto dati. *c. 5. X. de sepult. c. 5. X. de Rapt.*

LIB. IX. TIT. III.

DE HIS, QUI EFFUDERINT VEL DEJECERINT ETC.

QV. I. *Si plures in eodem cœnaculo habitent, an singuli teneantur in solidum?*

Laut. pag. 146. verb. Plures pro indiviso &c.

AFFIRM. Si plures pro indiviso ibi habitent, tunc enim plures sunt culpæ, & unusquisque neglexit, (Conf. *sup. l. 2. t. 1. q. 27.*) de quo est *l. 1. §. f. l. 2. l. 3. h.* ubi additur alia ratio, quia impossibile est scire quis dejecisset vel effudisset. At unius præstatio liberat reliquos, nam damno restituto læso nihil amplius abest, indeque contra reliquos agere ulterius non potest. *d. l. 3.* vid. *dict. q. 27.*

OBJ. *L. ult. §. 5. Naut. caup.* ubi unusquisque exercitorum tantum pro parte, in qua navem exercet, tenetur.

RESP. Ibi plures exercent navem pro diviso, indeque unusquisque tantum tenetur pro parte sibi credita.

QV. II. *An, si unus eorum, qui in eodem cœnaculo habitant, solvit, reliqui societatis judicio teneantur?*

Laut. pag. 146. verb. præstaturos partem &c.

AFFIRM. Quia lucrum & damnum inter socios communicantur; idque ita traditur. *l. 4. h. t.*

Obj. Quod in delictis non sit societas.

Resp. Societas hic consistit in communi habitatione, quæ licita est, neque electio mali servi inter socios delictum est, sed respectu læsi, neque ipsi opponere invicem hoc quasi delictum possunt, quia uterque servum elegit.

Qv. III. *An hæc actio de effusis, &c. sit perpetua?*

Affirm. Quoad simplum, non vero quoad duplum, quia hactenus pœna est, & sic ultra annum non datur. *L. 35. O. A.*

Laut. pag. 146. verb. *& quidem in perpetuum &c.*

Obj. *d. l. 5. §. 5. h.* ubi de tota actione de effusis & dejectis dicitur quod illa sit perpetua.

Resp. Ibi actio hæc opponitur populari, quæ datur in 50. aureos, & hujus intuitu *illa* vocatur perpetua, scil. quoad simplum; *hæc* vero annua.

Qv. IV. *An pœna 50. aureorum cedat actori?*

Affirm. Quia tribuitur ei cujus interest *l. 5. §. 5. h.* Dissentit *Wesenb.* *apud Müll. ad Struv. h. §. 31. lit. γ.* qui pœnam dividi ait inter fiscum & actorem: Vide omnino supra *l. 2. tit. 1. q. 28.*

Qv. V. *An hodieque hæ actiones obtineant?*

Affirm. At ratione pœnæ aliquid mutatum est. Ita enim (1) actio de effusis atque dejectis hodie tantum datur ad simplum, & sic ad rei restitutionem, quia pœnæ privatæ cessant. *Stryk. U. M. h. §. 2.* (2) Si liber homo perierit, pœna 50. aureorum ex eadem ratione hodie actori non tribuitur. *Stryk. d. l. §. 3.* at magistratus eousque pœnam irrogare potest. *Brunn. ad l. 1. pr. h.* Conf. *Vinn. §. 1. in f. h. Struv. §. 41. h.* (3) Eadem ratio est in actione de suspenso & posito. *Stryk. d. l. §. 5.*

An hac actione quoque veniunt alimenta liberorum, neglectæ operæ, cicatrices &c ?

Neg. Sed idem obtinet, quod in titulo præcedenti dictum est, Vid. *Müll. ad Struv. h. §. 31. lit. γ. Stryk. h. §. 3. 4. & 5.*

LIB. IX. TIT. IV.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

QV. I. *An noxalis actio etiam contra bonæ fidei possessorem detur?*

AFFIRM. Quia & ille pro domino possidet. *L. 48. pr. A. R. D.* adeoque & noxæ dare potest, & debet: vid. *l. 22. §. 1. l. 28. ff. h. l. 11. l. 13. h.* Conf. *Struv. h. §. 43. ibique Müll. & Dd. Treutl. h. ∫. 12. lit. b. ibique Dd.*

OBST. (1) *L. 1. §. 1. serv. corr.* ubi actio servi corrupti non datur contra bonæ fidei possessorem.

RESP. Quia ea tantum datur contra corrumpentem servum alienum, adeoque ob delictum.

OBJ. (2) *L. 27. §. f. h. l. 27. §. 3. ad L. Aquil.* ubi bonæ fidei possessor non potest noxæ dedere, quia dominium transferre non potest.

RESP. Textus illi non loquuntur de bonæ fidei possessore, qui justo dominii titulo rem a non domino accepit, & qui pro domino habetur; *d. l. 48. pr.* sed de eo, qui servum jure pignoris, vel jure ususfructus tenet, hic enim non tenet opinione domini, indeque nec in actorem dominium transferre potest, quod ipse non habet. *d. l. 27. §. 1. d. l. 22. §. 1. h.*

OBJ. (3) *L. 27. §. 3. ad L. Aquil.* ubi bonæ fidei possessor servi non tenetur noxali actione.

RESP. Loquitur non de bonæ fidei possessore servi, sed ejus, qui statu liber est, & bona fide servit: quia dominium in personam, quæ revera libera est, non habet: Uti id de statu libero plenius explicatur in *l. 27. ∫. 1. h. t.*

QV. II. *An hodie hujus actionis sit usus in famulis vel liberis?*

Laut. pag. 148. verb. Hodie horum nullus usus &c.

NEG. Non in FAMULIS, quia hæc actio noxalis nititur dominio, adeoque ex jure in re, quod in servos habemus, oritur; quæ tota ratio cessat in famulis, qui liberrimæ sunt personæ, quas proinde noxæ dedere nemo potest. *Laut. hic. ibique Dd.* Indeque, si famulus delinquit, ipse ideo puniri potest, pœnaque suos tenet autores. Vid. *Carpz. p. 4. c. 43. def. 6.* ibique præjudicia. Tenetur tamen aliquando dominus in solidum. Ut si (1) male elegit, ex toto titulo Naut. caup. &c. (2) Si famulus in actibus sibi commissis & intra fines mandati peccavit, uti si culpa coqui in coquina, vel culpa stabularii in stabulo incen-

incendium ortum sit, dominus inde quoque tenetur. Vide supra *lib. 4. tit. 9. q. 8. Carpz. d. c. 43. def. 7.* ubi præjudicium affert. *Phil. d. l. n. 9. & 10. Struv. §. 47. h. Stryk. U. M. h. §. 5.* Vid. tam. *Laut. infr. tit. locat.* (3) Dominus tenetur semper ad quantitatem mercedis, quam famulo debet; *Carpz. dict. def. 7. n. 8.* si scil. autoritate judicis id ei injungatur. Vid. *Brunn. l. 34. h.* unde per modum arresti hic proceditur: *Stryk. U. M. h. §. 4.* Conf. *Phil. Us. pr. Inst. l. 4. Ecl. 62. n. 6. seq. Schilt. ad ff. h. t. th. 80. Müll. ad Struv. h. th. 47. lit. α. seq. Struv. d. l.*

Nedum ex LIBERORUM delictis noxalis actio locum habet contra parentes: quia pater pro filio teneri non potest, *Müll. d. l. lit. γ.* nec peculiotenus, quia tantum ex contractu eorum hactenus tenentur parentes. *tot. tit. de pecul. Mantic. dec. Pal. 80.* Neque ad legitimam pro filio delinquente solvendam, pater obligatur, quia legitima non est vivente patre. *Müller. d. l. α.* Potest tamen statuto vel praxi aliud introduci, & pater ex urgenti causa cogi ut pro filio delinquente solvat. *Müll. d. l.* quicquid contradicat *Carpz. p. 3. c. 12. def. 10. in f. Moller. 3. sem. 6.* Atque hinc in foro communiter receptum est, ut parentes filiorum suorum spurios in subsidium alere teneantur. *L. 5. §. 2. & 9. ff. Agn. lib. ibique Brunn. Carpz. jurispr. Cons. l. 2. t. 14. def. 243. it. p. 2. c. 10. def. 20. Surd. de alim. t. 1. quæst. 12.* de quo plenius in *Decis. Cur. Halberst. cent. 1. Dec. 50.*

NOT. Actio de pastu hodieque noxalis est, ita ut reus vel damnum restituere vel noxæ dedere debeat. *B. Par. in Hyp. Inst. l. 4. t. 8. §. 3. ibique allegatus Schult. lit. a.*

QV. III. *An in noxali actione obligatio sit alternativa?*

Laut. pag. 148. verb. vel litis æstimationem solvit vel &c.

NEG. Sed actor agit ad noxæ dedendum. vid. supr. *l. 2. tit. 13. q. 7. & 8.* At præstatio domini est alternativa, quia vel litis æstimationem solvit, vel noxæ dat, utrum elegerit. Conf. *sup. tit. 1. q. 5.*

LIB. X. TIT. I.

FINIUM REGUNDORUM.

QV. I. *An dentur actiones mixtæ?*

Laut. pag. 148. verb. partim mixta &c.

AFFIRM. Nam ita petitionem hæreditatis mixtam esse partim ex jure in re, partim ex jure ad rem, patet ex iis quæ supra *ad tit. de Hæred. pet. qu. 2* dixi. Idem quoque dicendum puto de actionibus hoc libro decimo relatis.

Nam (1) in his quoque duplex distinctissima est petitio; *altera* ad rei divisionem, *altera*, si cohæres vel condominus solus fructus percepit, ad eorum restitutionem, & impensarum præstationem: *Illa* realis est, & jurium in re causam plenosque effectus habet; *Hæc* personalis, & personalium seu juris ad rem causam effectusque habet. Atque hinc (2) divisio rei diserte opponitur præstationibus personalibus in *l. 1. pr. l. 4. §. 3. Com. div. illa* ex causa dominii communis oritur, *d. l. 4. pr.* tum quia nulli nisi domino communi datur, *l. 1. in f. l. 4. pr. d. tit.* tum, quia ex causa actionis realis oritur, (causa enim est de qua in judicio agitur, quæ hic est dominii quæstio. *l. 4. pr. l. 8. pr. h. l. 1. Fam. erc.*): *hæc* ex facto perceptionis fructuum, seu præstatione impensarum, quæ est quasi ex contractu. *§. 3. & 4. Obl. quæ quas. ex contr.* Neque vero (3) hæ actiones quatenus ad divisionem agitur, possunt dici esse ex quasi contractu, quia hæc non datur, nisi negotium aliquod inter partes contractum fuerit. *l. 33. cond. ind.* at mixtæ actiones dantur statim ac condomini, cohæredes, &c facti sunt, etsi nesciant socium, quin, etsi nec fructus percepti, nec impensæ factæ sint.

Adeoque (4) actiones hæ, si mixtæ non essent, neque ad contractum pertinerent, neque ad maleficia; neque ad facta licita, neque ad illicita; quia licet nullum factum adsit, actio tamen ad fructus & impensas datur.

Sed & (5) in actione personali actor non dicit se dominum, sed alium sibi obligatum esse; at condominus id non dicit, (neque enim ulla obligationis causa subest), sed se pro parte rei dominum esse contendit. *§. 1. Inst. act. l. 1. l. 3. C. Comm. div. l. 1. ff. Fam. erc.*

Reales autem has actiones quoad divisionem esse probatur porro & (6) ex *l. 22. §. p. Fam. erc.* ubi familiæ erciscundæ judicium ex duobus dicitur constare, rebus scil. & præstationibus, quæ sunt actiones personales. Atque hinc (7) his actionibus dicitur cohærere quæstio dominii & proprietatis: *l. 12. pr. ff. l. 3. C. fin. reg.* Unde cohæres vel condominus imponit & præstat servitutem; *l. 27. l. 34. serv. Rust. l. 27. serv. Urb.* quin ideo, quia domini sunt, sibi ipsis invicem eam imponere non possunt, quia propria res serviret. *l. 26. serv. Urb.* Hinc porro (8) hæ actiones pro rei vindicatione sunt. *l. 1. pr. h.* neque dantur nisi iis qui jus in re, & vel rei vindicationem, *d. l. 1. & l. 1. l. 8. §. 1. ff. comm. div.* vel publicianam, *l. 7. § 2. eod.* vel vectigalem in rem habent. *d. l. 7. pr.* Indeque (9) dantur contra quemcunque possessorem *l. 1 l. 3. C. Comm. div l. 1. Fam. erc.* Et (10) fructus in actionibus realibus restituuntur, *l. 4. §. 2. Fin. reg.* junct. *tot. tit. offic. Jud.*

(11) Actio pro socio, quia personalis est, ad rei divisionem non datur, *l. 1. com. div.* adeoque ad rei divisionem tantum agi potest per realem actionem, & sic actio communi dividundo hactenus erit realis.

(12) Cohæ-

(12) Cohæres novum opus nunciat; *l. 28. ff. Eod.* quod tantum competit ei, qui jus vindicandi habet. *L. un. §. 3. & 4. de remiſſion.*

(13) Re dolo alienata a condomino datur actio de alienat. jud. mut. &c. *L. 12. Fin. reg. l. 24. §. 1. Com. div.* hæc autem non datur niſi in actione reali, *L. 4. §. 2. alien. jud. mut.* In perſonali enim actione non poteſt mutari judicium alienatione rei, quia hæc non eſt in obligatione, ſed perſona.

(14) Actio perſonalis in his negotiis oritur ex perceptione fructuum, & factis impenſis, *l. 22. ſ. p. Fam. erc. §. 3. & 4. Inſt. Obl. & Act.* adeoque ex quaſi contractu; *ibid.* at quando ante perceptos fructus agitur ad diviſionem, actio inſtituta non erit ex quaſi contractu, in quo enim ille conſiſteret?

Atque hinc (15) perſonalis actio in *d. ſ. 3. & 4.* ut & in *d. l. 22.* tantum reſtringitur ad præſtationes, eaque petuntur fructus vel impenſæ. *d. §. 3.* Non vero diviſio, hæc enim dominii & proprietatis quæſtionem continet, indeque ex jure rerum petitur. *d. l. 22.*

Hanc ſententiam (16) extra omnem controverſiam ponit Imperator in *ſ. 20. Inſt. act.* ubi poſt ſimplices actiones recenſet eas quæ mixtam cauſam habent tam in rem, quam in perſonam.

Neque ei (17) ullus textus aut ratio repugnat; Sed potius (18) hæc tot legibus adſtructa ſententia communi Doctorum calculo probatur, a qua non eſt recedendum niſi communis error probetur: Ita enim mixtas actiones admittunt *Laut. h. t. & paſſim. Treutl. h. th. 1. ibique late Dd. Bach. ad Treutl. d. l.* ubi egregie ad contraria reſpondet: & infiniti alii.

DISSENTIUNT *Don. in §. 1. & §. 20. Inſt. de act. Dn. Berger. in Reſol. ad Laut. h. q. 1. Jaſon. in d. §. 20. pr. Ant. Fab. 20. Conj. 19.*

OBJ. (1) *§. 20. Inſt. act.*

RESP. Huic jam ſupra plene ſatisfactum eſt ad *tit. de hæredit. pet. q. 2.*

OBJ. (2) Quod abeſſe poſſit diviſio.

RESP. Abeſſe quoque poteſt fructuum perceptio & impenſa, adeoque quæritur non de actu, ſed de jure, quid poſſit ſi adfuerint.

OBJ. (3) *L. 9. fam. erc.* ubi alienatione facta adhuc poteſt agi judicio fam. erc.

RESP. In perſonam, nam rem dividi petere nequeunt quam ipſi alienarunt.

OBJ. (4) Jus in re, & obligationem, ſumma quippe actionum capita, & ſua ſubſtantia diſtincta, non poſſe eadem vi eodemque effectu in unam actionem influere.

RESP.

RESP. In simplicem actionem influere non possunt, sed in mixtam possunt, alias negaretur omnis mixtio, quæ non est nisi ex diversis substantiis & causis: Neque talis mixtio actionum ullibi prohibetur.

OBJ. (5) Quod in judiciis divisoriis præcipue agatur ad divisionem rerum; *l. 2. fam. erc.* quæ divisio est ex quasi contractu.

RESP. Imo principaliter agitur ad partem rei communis vindicandam, quod fieri nequit sine divisione; illa autem vindicatio non est ex quasi contractu, sed ex jure in re.

Equidem (6) concedunt Dd. actori tunc quidem jus in re competere, & dominium quoque in divisoriis judiciis, veluti conditionem sine qua non, supponi; sed inde protinus non evinci ajunt, jus in re æque ac obligationem circa actiones istiusmodi concurrere, earumque verum fundamentum & causam per se influentem esse.

RESP. Imo jus in re his actionibus non solum actori competit, neque tantum id supponitur, sed & illud petitur, & a possessore vindicatur: adeoque jus in re est causa harum actionum æque principalis, & æque ac obligatio indeque descendentes præstationes personales circa actiones istiusmodi concurrit, verumque earum fundamentum pro ea parte constituit.

OBJ. (7) Quod mixta formula actionis, quæ utramque intentionem complectatur, apud veteres non inveniatur.

RESP. Cuique membro propria formula est, & utraque his *actionibus* mixtis inest.

Etsi quoque (8) contra nostras rationes & textus quædam perquam erudite & more suo haud vulgata objiciat *Dn. Berger. in resol. h. t. q. 1.* Satis tamen omnia diluuntur ex iis quæ jam dicta sunt: sed & eis, quæ alias moveri solent, jam satisfeci *supra tit. de hæred. p. q. 2.*

OBJ. (9) Quod Justinianus saltem dividat actiones in rem & in personam.

RESP. Imo non tantum addit tertiam speciem in §. *20. de Act.* scil. mixtas, sed & sub duplici illa tertia species continetur, quæ de utraque participat: Accedit quod ea divisio non exhauriat omnes actiones, quia alias excluderentur actiones in rem scriptæ. *Bach. d. l.*

OBJ. (10) Quod cum fieri nequeat quin alterutrum verum sit in omni actione, ut is, cum quo agitur, vel obligatus sit, vel non, fieri etiam nequeat, ut ulla actio sit quæ non sit vel in rem, vel in personam.

RESP. Imo hæ actiones mixtæ sunt & in rem & in personam, vide late *Bach. d. l.*

An

An vero tanti intereſt?

Affirm. Nam quia hæ actiones non ex accidenti, aut per conſequentiam, ſed principaliter quoque reales ſunt, ab effectibus tam actionum perſonalium quam realium plene participant: Quantum autem actiones in rem & perſonam *hodie* quoque differant, ſupra *pag.* 119. & 123. demonſtravi. Conf. *Bach. ad Tr. d. l. lit. b. in pr.* adeoque in foro quoque hæc cum utilitate diſputantur.

Dissentit *Dn. Stryk. U. M. h.* §. 3.

Qv. II. *An actio finium regundorum quoad præſtationes perſonales ſit ex quaſi contractu?*

Affirm. Nam (1) vel *mala fide* quis confundit fines indeque fructus percipit, & tum non minus, ſed magis actione ex quaſi contractu tenetur; *l. 6. §. 3. Neg. Geſt.* quia ſciens negotium eſſe alienum illud nihilominus in ſuam utilitatem gerit, indeque magis obligatur. Conf. *tit. de Neg. Geſt. q.* 1. Vel *bona fide* confuſos agros poſſidet, ut in *l. 8. pr. h.* fructusque bona fide inde percipit, ut in *l. 4. §. 2. h.* tunc ſane non quaſi ex delicto ideo conveniri poterit, ſed quaſi ex facto licito, i. e. ex quaſi contractu.

Laut. pag. 148. verb. *Quæ oritur ex quaſi contractu.*

Sed & (2) cum hæc actio detur ad omne id quod intereſt, & in ſpecie quoque ad recuperandam partem mercedis quam menſori totam ſolvi, *l. 4. §. 1. h.* hæc repetitio non fit quaſi ex delicto (quia ſi alterius culpa vel dolo confuſi agri fuiſſent, totam ab eo repetere mercedem poſſem) ſed quaſi ex contractu.

Sic ſi (3) talis bonæ fidei poſſeſſor impenſas fecerit neceſſarias, eas actione finium regundorum pro parte repetet, *arg. d. l. 4. §. 1.* ſed nemo dixerit eam hactenus eſſe ex delicto, ſeu facto illicito.

Obst. (1) Quod in hoc judicio is qui fines confudit, condemnandus quoque ſit, ſi malitioſe aliquid circa fines commiſit, v. g. quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit, ut & ſi contumax forte fuerit, *§. p. Inſt. off. jud. l. 4. §. 4. h.* hæ præſtationes autem non ſunt ex facto licito, adeoque nec ex quaſi contractu, ſed ex delicto.

Resp. Hæ præſtationes non veniunt ex natura actionis, ſed ex officio judicis: Nam bene notandum actiones has mixtas dici intuitu actoris, & quod ille tum ex jure in re dominium, *l. 8. pr. h.* tum ex jure ad rem id quod ſua intereſt, & fructus petere poſſit. *L. 4. §. 1. h.* Hæcque ſequuntur ex natura actionis, & hactenus cauſam mixtam habent: Quod vero judex ex officio quoque injuriam ſibi vel publico illatam vindicare poſſit, hoc non eſt ex natura actionis, ſed ſpeciali legis conſtitutione: Atque ita in *§. pen. Inſt. off. jud.* hæc omnia officio ju-

dicis tribuuntur. Atque idem contingit in cæteris actionum mixturis; nam ita in divisionem rei communis vel hæreditatis non veniunt res individuæ, *l 29. §. 9. fam. erc.* lucrum inhonestum, *l. 4. §. 1. & 2. Eod.* res non communes. *L. 54. fam. erc.* At ex officio judicis hæc omnia ita veniunt, ut judex quoque de iis statuat quod jus est; *l. 34. l. 4. pr. Eod.*

OBJ. (2) Non tractari hanc actionem in materia quasi contractuum.

RESP. Neque tractatur in materia quasi delictorum, sed nec omnes quasi contractus in titulo de *Obl. quæ quasi ex contr.* tractantur, neque id ullibi dicitur; Sed nec hæreditatis petitio ibi continetur, quæ tamen etiam mixta est ex quasi contractu. *Dn. Coccej. Hyp. Inst. tit. de act. §. 18.*

DISSENTIUNT Dd. & putant hanc actionem, quatenus mixta est in personam, esse & ex delicto & quasi contractu. *Treutl. V. 1. D. 19. th. 3. lit. f. ibique Bachov.*

Qv. III. *An actio hæc sit stricti juris?*

Laut. p. 148. in fin. verb. *inde hæc actio.*

AFFIRMAT id *Laut. alleg. loc.* ut & *Treutl. V. 1. D. 19. th. 2. lit. c. ibique Bachov. Mynf. cent. 6. obs. 50. Dd. apud Laut. d. l.* at rectius eam actionibus bonæ fidei vindicamus; (1) quia reliquæ quoque actiones mixtæ in *rem &* personam sunt bonæ fidei. *§. 28. Inst. de act.* Neque (2) ratio differentiæ apparet, quia hæc quoque est quasi ex contractu. *sup. q. 2.* (3) quia fructus etiam non petiti post litem cont. veniunt in hoc judicium. *L. 4. §. 2. h.* quod secus in negotiis stricti juris. *sup. tit. de R. V. q. 14.* Accedit (4) quod in bonæ fidei judiciis judici libera relinquatur potestas æstimandi ex æquo & bono, quantum actori restitui debeat. *§. 30. Act.* At hoc hic fit, dum judex reum condemnare potest ad omne id quod interest, *l. 4. §. 1. h. t.* ad fructus post litem contestatam perceptos etsi non petitos, *d. l. 4. §. 2.* adeo ut si commode res dividi nequeat, uni totam adjudicet. *§. p. Inst. de off. Jud.* Sed & porro si reus aliquid malitiose circa fines commisit, lapides finales furatus est, vel arbores excidit, eo nomine a judice condemnatur. *d. §. pen.* atque ita (5) sentiunt *Dd. in Glossa ad d. §. 28.*

OBJ. (1) *arg. §. 28. Inst. de act.* ubi hæc actio non refertur inter eas quæ bonæ fidei sunt.

RESP. (1) Nullibi dicitur omnes actiones bonæ fidei ibi comprehendi, nam sic nec funeraria ibi continetur, quæ tamen est bonæ fidei. (2) Continentur ibi similes, cum ergo duæ mixtæ actiones ibi recenseantur, etiam hæc tertia, finium regundorum, tanquam similis continebitur.

OBJ. (2) Quod fructus hic demum veniant post litem contestatam, quæ est indicium actionem hanc esse stricti juris.

RESP.

Resp. Imo etiam in bonæ fidei negotiis fructus demum veniunt post litem contestatam; & in eo saltem differunt, quod in stricti juris judiciis tantum veniant fructus petiti, in negotiis bonæ fidei etiam non petiti. *Vid. tit. de R. V. q. 14.*

Alii arbitrariam hanc actionem asserunt, vide *Dd. apud Bach. dict. lit. c. Vinn.* §. *28. Inst. Act. n. 5. & 6. Fab. dec. 94. err. 1.* idque (1) quia distinctio actionum bonæ fidei & stricti juris tantum in illis negotiis obtinet, ubi suscipitur negotium alienum, quod hic non fit.

Resp. Imo lite contestata incipit possessor esse in mala fide, & videtur uti re aliena, indeque revera hic suscipit negotium alienum, unde fructus perceptos restituit: Eodem modo ut in reliquis negotiis mixtis cohæres vel condominus lite contestata fructus inde perceptos restituere debet.

(1) Quia judicis arbitrium hic maxime obtinet; *d. l. 4.* §. *1. 2. & 4.* Conf. §. *p. Inst. off. Jud.* at hæc videtur esse natura arbitrariarum. §. *p. Inst. off. Jud.*

Resp. Imo idem judicis arbitrium etiam & magis obtinet in negotiis bonæ fidei. §. *30. Eod.*

(3) Quia hæc actio simul in rem est, ergo videtur arbitraria. §. *31. Act.*

Resp. Etiam reliquæ actiones mixtæ simul in rem sunt, & tamen sunt bonæ fidei. §. *28. Inst. de Act.*

Quid intersit num actio sit bonæ fidei, num stricti juris, num arbitraria, dictum est partim supra *tit. de Pact. q. 20. in f.* & plenius dicetur infra *tit. de Obl. & Act.*

Qv. IV. *An actio hæc inter socios detur?*

Neg. Nam tunc non sunt fines, nec, cum unius loco habeantur, alter alteri condemnari potest. *l. 4.* §. *6. & 7. h. t.* Hi ergo communi dividundo agunt, ut fundus dividatur, certique fines constituantur. *d. l. 4.* §. *7. tot. tit. Comm. div.* Conf. *Treutl. V. 1. D. 19 th. 2. lit. f. Cuj. 22. O. 38. & Laut. d. l. ibique Dd. Struv. h.* §. *54. ibique Müller. Bus. ad d. l. 4.* §. *7.*

Laut. pag. 148. *in fin.* verb. *Modo non sint socii.*

Obj. *L. 27. Serv. P. U. L. 14.* §. *1. Si serv. vind. l. 6.* §. *2. & 3. l. 11.* §. *5. Aq. pluv. arc.* Ubi socio contra socium actio ratione rei communis datur.

Resp. In his omnibus textibus fines non sunt confusi, sed ibi vis fit rei communi, tunc enim socii agere possunt contra socium, ne vim ille faciat, eodemque modo, uti contra quemcunque extraneum, de vi experiri.

Qv. V. *Quo tempore actio hæc præscribatur?*

Laut. pag. 149. in fin. verb. Hæc actio præscribitur.

RESP. Longissimo, *l. f. C. h. Struv. h. fin. §. ibique Müller.* qui late Dd. allegat. Conf. *Phil. Us. Pr. Inst. l. 4. Ecl. 79. n. 7. Treutl. h. §. 8. Laut. in f. h.* idque in foro obtinere ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 13.*

OBJ. (1) *L. p. C. h.* Ubi omnis præscriptio 5. pedum, i. e. confinii, submovetur & tollitur.

RESP. Olim, quoties intercedebat spatium 5. pedum omnis quæstio de confusione finium cessabat, quia cum prædia tum non sint contigua, frustra de confusione metuebatur, & sic actor repellebatur præscriptione 5. pedum; hanc exceptionem submovet & tollit Imperator, & vult, ut, si lis circa confinium suboriretur, actio hæc locum habeat etsi 5. pedes intercedant. Submovet igitur Imperator non præscriptionem finium, sed exceptionem confinii: de quo plenius agit *Struv. d. l. th. 57. ibique Müll.* Conf. *disp. B. Par. de præscr. Extraord. §. 77.* de sensu dictæ legis pen. vide *Stryk. U. M. h. §. 12. & Schilt. Ex. ad ff. 20. n. 46. & seq.*

OBJ. (2) *L. 2. §. 6. Pro Emt. l. 7. §. 1. Eod.* ubi fines longo tempore usucapiuntur.

RESP. Loquitur de usucapione.

OBJ. *L. f. C. fund. Limitroph.* ibi: *cujuslibet spatii temporis præscriptione cessante.*

RESP. Non loquitur de finibus, sed de agris limitaneis, qui in finibus Imperii militibus solebant tribui ob bene merita, in his omnis præscriptio cessabat.

LIB. X. TIT. II.

FAMILIÆ ERCISCVNDÆ.

Qv. I. *An hæc actio sit mixta?*

Laut. p. 149. fin. verb. mixta.

AFFIRM. Nam est tam in rem, quatenus scil. agitur ad rei divisionem, quam in personam, quatenus scil. alter *directa* ex perceptione alterius ad fructus vel ad damna, alter *contraria* actione ad impensas repetendas agit. §. 3. & 4. *Inst. Obl. quæ quas. ex contr. §. 4. Inst. off. jud.* Quæ obstant, resolvimus *tit. præced. q. 1.*

Qv. II.

Qv. II. *An quasi contractus nitatur præsumto consensu?*

NEG. Sed facto licito administrationis, vide supra *tit. Pact. q. 2. & 12.* ubi diximus unumquemque ad has præstationes teneri ex lege naturæ, sine ulla conventione, quia lucrum illud habet ex re aliena.

Laut. pag. 150. verb. quo præsumitur conventum.

Qv. III. *An familiæ erciscundæ judicium tantum obtineat, si cohæres non potuit partem suam seorsim gerere?*

AFFIRM. Nam cohæres qui potuit partem suam seorsim gerere, non habet hanc actionem, sed solam actionem negotiorum gestorum; dum enim potuit rem ut separatam gerere, non gessit ut communem, neque ex necessitate id egit, sed ultro. *L. 40. ff. Neg. gest. l. 6. §. 2. comm. div. arg. l. 25. §. 16. fam. erc. l. 31. §. f. ff. l. 19. C. Neg. gest.* Secus ergo si non potuit partem suam commode seorsim gerere, uti si commune pignus non potuit reluere nisi totum debitum solvendo, *d. l. 6. §. 2. in f. d. l. 25. §. 16.* tunc enim nec ultro suscipit, quæ est causa illius præstationis, nec animum habet alterius negotia gerendi, sed sua, indeque sola datur actio familiæ erciscundæ. *L. 25. §. 15.* ibi: *necessitate coactus &c. & §. 16.* ibi: *causam habuit gerendi &c. ff. fam. erc. d. l. 6. §. 2. in f.*

Laut. ibid. verb. dummodo.

OBJ. (1) *L. 3. C. Neg. gest.* Ubi is qui pignoris a cohærede quoque obligati liberandi causa totum debitum solvere coactus est, habet vel actionem erciscundæ vel negotiorum gestorum.

RESP. Utramque habet positis terminis habilibus, illam, si non potuit seorsim liberare, hanc, si potuit.

OBJ. (2) *L. 18. §. f. C. fam. erc.* Ubi itidem duæ hæ actiones concurrunt.

RESP. Sed ponendi sunt termini habiles, *vid. Obj. præced.*

Maxime autem interest, *hodieque*, quænam actio detur: Nam longe durior est præstatio actionis negotiorum gestorum, ex qua ad levissimam culpam tenetur gestor, cum hic cohæres tantum teneatur ad eam quam in re sua præstat. *d. l. 25. §. 16.*

Qv. IV. *An bonorum possessoribus detur hæc actio?*

AFFIRM. Sed utilis: Nam cum illi non sint directi hæredes, nec directa hæc actio dari potest. *pr. Inst. Bon. poss. Struv. h. th. 4.* Accedit quod lex 12. tabb. pro solis cohæredibus introduxerit hanc actionem; *L. 1. pr. h.* Unde ei, qui directus hæres non est, utilis saltem actio dari dicitur in *L. 40. h.*

Laut. pag. 150. verb. Utilis datur bon. poss.

OBJ. *L. 2. § 1. h.* Ubi illis, quibus quarta Divi Pii debetur, ideo utilis dicitur dari, quia neque hæredes neque bonorum possessores sunt: adeoque his directa datur.

RESP. Imo sensus non est, quasi his detur directa actio: Sed JCtus solum dissimilitudinem notat inter hunc cui debetur quarta, & bonorum possessorem. Vid. *Gloss. ad d. l. 1. §. 1.* (2) Stricto jure illis quibus quarta Divi Pii debetur, plane hæc actio non datur, neque directa, quia non sunt hæredes, neque utilis, quia non sunt bonorum possessores, at ex singulari æquitate utilem quoque hic applicavit JCtus: Conf. *Bachov. alleg.*

OBJ. *L. 24. §. 1. h.* ubi dicitur fam. erc. judicium & inter bonorum possessores, & cæteros honorarios hæredes locum habere.

RESP. Verum hoc est, sed utile.

QV. V. *An divisio valeat, si postea appareat cohæredes non fuisse?*

Laut. pag. 151. verb. licet falso cohæredi.

AFFIRMATVR, si judiciali sententia cohæres declaratus est, nam tunc quod ex causa judicati solvit, repeti non potest, *l. 36. h.* quia res judicata pro veritate habetur, & sententia injusta condemnatus non condicit quod solvit. vid. *tit. cond. ind. q. 11.* Secus si cohæredes sine judice diviserint res, tunc alter condictionem habet rerum, quæ falso cohæredi cesserunt, quia non potest videri transactum, cum errore putaverit alterum cohæredem. *d. l. 36. in f.*

OBJ. (1) Quod hoc judicium non sit nisi inter cohæredes, adeoque nec priori casu divisio valere videatur.

RESP. Quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum, quæ sunt verba dictæ legis 36.

OBJ. (2) Quod agens hoc judicio alterum non fateatur cohæredem.

RESP. Nec ideo etiam repetere prohibetur quasi cohæres esset, sed quia judex divisit. *d. l. 36.*

OBJ. (3) Quod remedio *l. 3. C. Com. utr. jud.* omnis inæqualitas reformetur, etiam modica; cum vero illud in omni negotio bonæ fidei locum habeat, etiam in hac actione obtinere videtur.

RESP. Cessat *d. l. 3.* in divisione judiciali. vid. *q. seq.*

Dissent. Laut. pag. 151. verb. & immodice quis &c.

QV. VI. *An divisio judicialis rescindi possit propter modicam læsionem?*

NEG. Nulla enim ratione rescissio locum habere potest, neque ex *d. l. 2.* quæ tantum loquitur de immodica læsione, neque ex *d. l. 3.* quæ quidem de

de modica læſione loquitur, ſed extrajudiciali verb. *Sine judicio factis diviſionibus ſolet ſubveniri:* Neque vero (2) æquum eſt, nec expedit reipublicæ, propter quamlibet læſionem, quam pars allegat, ſententias judicum, quibus quæſtio jam deciſa eſt, periclitari, liteſque adeo in infinitum prope inſtaurari. Atque hinc (3) nec arbitri ſententia ob modicam iniquitatem corrigi poteſt, per text. expr. in *l. 27. §. 2. Rec. arb.* Vid. *Diſp. B. Par. de Remed. l. 3. C. Com. Utr. Jud. Sect. 1. §. 2.*

Secus ſi læſio ſit enormis, tunc enim profſpicit *lex 2. C. Reſc. Vend.* tum quia quoties juſta cauſa reſtitutionis in integrum eſt, ea etiam contra ſententiam datur. *L. 2. C. ſi adverſ. ſent. L. un. C. in integr. reſt.* tum quia immodica læſio pro juſta reſtitutionis cauſa habetur. *d. l. un. d. l. 2.* de quibus plenius ad *tit. de reſcind. vendit.* Vid. *dict. diſput. Sect. 1. ſ. 1. 3. & late ſeq.*

Qv. VII. *An facta diviſione extrajudiciali etiam modica inæqualitas reſarciri debeat?*

AFFIRM. Et hoc eſt famoſum illud remedium *l. 3. C. com. utr. jud.* quo non demum læſio ultra duplum, ſed omnis inæqualitas corrigitur. Idque probatur (1) ex verbis *d. l. 3.* ubi omnis inæqualitas indiſtincte corrigenda dicitur; verb. *perperam factis diviſionibus*; item, *quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformatur.* (2) Quia ratio, cur in *l. 2.* læſio ultra duplum requiritur, hæc eſt, quod res certum a natura pretium non habeant, quippe quod variat affectu, indigentia &c. *L. 16. §. 4. ff. min. l. 20. §. ſ. ff. Loc. cond.* atque hinc non quælibet inæqualitas pretii incertum pretium reddit, ſed ſemper pretium videtur æquale, niſi dimidium veri pretii excedat: *d. l. 2.* Ceſſat autem hæc ratio in ipſis diviſionibus rerum, ubi certa & evidens inæqualitas eſt; Adeoque dictæ legis 2. enormiſque læſionis ratio, ad remedium legis 3 pertinere non poteſt. *dict. diſp. S. 2. §. 8. 10. & 11.* (3) Aut læſio illa contigit dolo, aut errore, forte calculi, (quia hic computatio quædam eſt, & quæritur quanta ſit cujusque portio), utroque caſu quælibet inæqualitas corrigi poteſt. *L. un. C. Err. Calc. dict. diſp. Sect. 2. § 9.* Atque hæc ſententia (4) in dubia praxi recipienda eſt, & pro ea infinitos autores cumulat *B. Par. in d. diſp. S. 2. §. 12.* Conf. *Berger. in reſol. ad Laut. h. t. Dn. Stryk. U. M. h. §. 7. & 8.* etſi varie diſſentiant alii, *d. diſp. S 2. ſ. 1. 2. 3. & 13. Dn. Stryk. d. l.*

Laut. p. 151. verb. & reſarciri debet etiam modica inæqualitas.

OBJ. (1) Quod diſpoſitio dictæ legis 3. ſit generalis, & ad omnia bonæ fidei judicia pertineat, verb. *in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformabitur:* At bonæ fidei judicia non reſcinduntur niſi ex læſione enormi. *L. 2. C. Reſc. vend.* Vid. *d. diſp. S. 2. §. 3.*

RESP. In quibusdam bonæ fidei negotiis (ubi ſcil. læſio ab æſtimatione

&

& definitione pretii eſt) inæqualitas latitudinem habet, ita ut pretium inæquale non videatur niſi dimidium veri pretii excedat: Et de tali inæqualitate reformanda agit dicta lex 2. At in diviſionibus rerum inæqualitas non habet latitudinem, ſed ubicunque pars aliqua modum ratæ portionis exceſſit, inæqualiter factum intelligitur, & hanc inæqualitatem corrigit dicta lex 3. Vid. *dict. Sect. 2. §. 5. 6. & 10.*

INSTO. Quod hoc jus bonæ fide judiciorum, ut reformetur quod inæqualiter factum eſt, ponatur tanquam ratio diſpoſitionis, atque ex ea generali ratione inferatur ad diviſiones; adeoque in his obtinere, non quia diviſoria, ſed quia bonæ fidei judicia ſunt.

RESP. Omnino in omnibus bonæ fidei judiciis omnis inæqualitas reformanda, ſed illa ipſa inæqualitas variat pro variis negotiis; aliquando enim non videtur inæquale niſi excedatur duplum veri pretii.

OBJ. (2) Quod nulla appareat ſufficiens ratio, cur diviſiones exemtæ ſint diſpoſitioni dictæ l. 2. & cur in iis tam ſingulare jus conſtitutum *ſit.*

RESP. Omnino ratio jam data eſt, quod ſcil. inæqualitas *in pretio non* ſit niſi cum latitudine, quia variare poteſt, at in diviſionibus rerum talis inæqualitas non eſt. *dict. ſect. 2. §. 5. 6. 8. 10.*

OBJ. (3) *L. 4. & l. 8. C. Com. div. l. 5. ff. fam. erc.* Ubi diviſiones ſemel perfectæ conſenſu retractari non debent, niſi alter minor ſit, quæ exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis.

RESP. (1) Regula non tollit juſtas exceptiones; nam alias (2) nec ex capite doli, metus, &c. retractari diviſio poſſet, ſi juxta dictas leges ſola ætas exciperetur: Neque (3) unius exceptionis poſitio eſt alterius excluſio, *arg. l. 5. C. reſc. vend.* Sed & (4) in dictis legibus petita reſtitutio fuit non allegata cauſa, indeque denegata eſt niſi minores eſſent, uti plenius deducitur *dict. ſect. 2. §. 14.* Neque (5) video, cur ætas magis quam error, dolus &c. pro juſta reſtitutionis cauſa habeatur.

OBJ. (4) *L. 1. C. Com. utr. jud.* Ubi diviſio judicialis inſtar emtionis eſt, quæ non niſi enormi læſione reſcinditur.

RESP. Hæc reformatio eſt inſtar erroris calculi, qui etiam in emtione locum habet. (2) Neque reſcinditur diviſio, ſed ſaltem inæqualitas reformatur, illud fieri non poteſt niſi ex enormi læſione, hoc ex qualibet læſione fieri in rerum diviſione poteſt: Aliter *Dn. Berger. in reſol. d. l.*

In praxi utiliſſimum hoc eſt remedium, quo proſpicitur diviſionibus rerum ac hæreditatum, ne ſcil. totum diviſionis negotium ideo reſcindatur, ſed, ſalvo negotio, ſola inæqualitas reformetur. *Sect. 3. §. 5. dict. Diſp.*

QV. VIII.

Qv. VIII. *Quomodo differant remedium L. 2. C. de rescind. vend. & remedium l. 3. C. Com. utr. jud.*

RESP. Differunt (1) quod remedium legis 2. etiam contra sententiam judicis opponi possit, secus ac in remedio legis 3. *Sup. q. 6.* quia contra autoritatem judicii esset quamlibet læsionem reformare, *ibid.* (2) Lex 2. tantum obtinet in læsione enormi; Lex 3. vero in qualibet. *dict. disp. Sect.* 1. §. 2. *& Sect.* 2. §. *1. 5. 6. 7. & ∫. 14.* (3) Ratio constitutionis in lege 2. fundatur in pretii rerum incertitudine, ratio vero legis 3. in æquali divisione rerum. *d. disp. S. 2. §. 8. & 10.* (4) Renunciatione tollitur remedium legis 2. non vero remedium legis 3. *dict. disp. S. 2. §. 12. in f.* (5) Lege 2. totum negotium rescinditur, per legem 3. sola inæqualitas, salvo negotio, reformatur. *Sect. 3. §. 1. & 2.* (6) In hoc remedio legis 3. præstatio non est alternativa, sed venit illud in supplementum ejus quod deest. *Sect. 3. ∫. 3.* Secus in remedio legis 2. *sup. l. 2. tit. 13. §. 7.*

Unde apparet remedium legis 3. in emtione venditione, etsi modica sit læsio, non obtinere; Equidem supra jam notatum esse memini dictam legem 3. obtinere in omnibus bonæ fidei judiciis, adeoque & in venditione idem videri; sed & memini tum jam notatum esse in illis negotiis bonæ fidei, ubi inæqualitas in pretio consistit & in æstimatione, læsionem non videri, nisi læsio major sit dimidio veri pretii. *dict. disp. S. 2. §. 10.* Conf. *q. præced. Obj. 1. in fin.* Quoties autem inæqualitas duplum excedit, toties cum remedio legis 3. concurrit lex 2. & a parte rei eodem res recidit, quia ille ex lege 2. conventus potest inæqualitatem supplere. *dict. disp. S. 3. §. 10.* Conf. *q. 10. in f.*

Qv. IX. *An remedium legis 3. locum habeat divisione per sortem inita?*

AFFIRM. *dict. disp. sect. 2. §. 15. seq.* In ea scil. specie, eoque sensu, quem hactenus explicavimus, si fraude vel errore quis in divisione læsus sit: Nam (1) sors non impedit læsionem nec inæqualitatem, indeque adhuc corrigenda est ex lege 3. Inprimis (2) cum ea generaliter loquatur, & ejus ratio generalis sit: Indeque (3) exceptio ab allegante probari deberet; Et cum (4) concedatur, non obstante sorte, restitutio ex capite ætatis, eadem vis ac potestas manet omnium causarum, quippe ex quibus restitutio æque ac propter ætatem datur; idque (7) ita statuunt *Fach. l. 8. c. 36. Brunn. in l. 2. n. 10. C. de rescind. vend.* aliique Dd. allegati *dict. disp. S. 2. §. 15.*

Laut. pag. 151. verb. *licet divisio per sortem facta.*

OBJ. (1) Quod restitutio cesset, si læsio sequatur ex incerto eventu. *L. 1. C. de Pact. l. 11. C. de transact.*

RESP. Eventus ibi a casu est, hic ex facto contrahentium contingit: Sed & agitur ibi de læsione quæ peracto negotio sequitur, hic vero inæqualitas tempore divisionis jam adfuit. *dict. sect. 2. §. 17.*

OBJ. (2) Sortem Dei arbitrio cadere.

RESP. (1) Inæqualitas illa non est ex sorte, adeoque Dei arbitrio, sed ex facto hominum perperam dividentium. (2) Omnia fiunt arbitrio Dei, nec tamen excluduntur dispositiones hominum, & arbitrium Dei potest esse & jubentis & permittentis, quod ultimum hic intelligimus, quo non excluditur reparatio juris. Sed & (3) intentio sortis est, ut quisque habeat partem æqualem, nam putant partes æquales venire, si ergo partes inæquales sunt, hactenus res sorti commissa non videtur. *dict. sect. 2. §. 18.*

OBJ. (3) Ei, qui errore suo læsus est, id imputandum esse.

RESP. (1) Eodem obtentu tolleretur omnis exceptio erroris calculi, & dictæ legis secundæ: Sed & (2) potius error imputatur ei qui certat de lucro captando, quam ei qui de damno vitando. (3) Nec hic quæritur de culpa quæ imputari alicui potest, sed de errore, qui impedit consensum. *d. S. 2. §. 19.*

OBJ. (4) In sorte nihil fraude vel perperam factum videri.

RESP. Inæqualitas non est ex sorte, sed ex facto partes constituentium; *sect. 2. §. 20.*

OBJ. (5) Quod ideo res sorti committatur, quia sciunt *inæquales* esse portiones, alias enim sorte opus non esset, indeque super illa *inæqualitate* quasi transigere videntur, ut eligenti per sortem liberum sit majorem partem eligere.

Sed jam responsum est ad *obj. 2.*

QV. X. *An ex dicta lege 3. totum negotium divisionis rescindatur?*

NEGAT id *B. Par. in d. disp. S. 3. §. 2.* & tantum inæqualitatem reformari, salvo cæterum toto divisionis negotio, defendit his rationibus: Id enim (*sunt verba ejus*) primum contextus *l. 3. Com. utr. jud.* ipse docet, cum expresse dicatur, id saltem quod inæqualiter factum est, in melius reformari debere: Ergo non tota divisio reformatur, sed ejus tantum inæqualitas. Idem demonstrat similitudo erroris calculi, *vid. Sect. 2. §. 9.* quo opposito, constat, non tolli totum negotium, sed calculi tantum defectum, reliquis salvis; ejus autem instar esse hoc remedium *d. §. 9.* ostensum est: Atque in eo differt remedium legis 3. a lege 2. qua totum negotium rescinditur. *Vid. q. 8.*

Equidem Dd. communiter propositam quæstionem negant, & tantum ad supple-

plementum agi posse contendunt, sed posito nostro principio re ipsa conveniunt; nam rescissio inæqualitatis (non enim totum negotium rescindi sæpius dictum est) nihil aliud est, quam supplementum ejus quod deest: qui enim corrigit inæqualitatem, supplet defectum, ut proinde hæc eodem recidant. Conf. *d. Sect. 3. §. 4. vid. sup. q. 8. in f.*

QU. XI. *An evictio locum habeat, si a testatore divisio facta sit?*

NEGATUR (1) *L. 77. §. 8. pr. Leg 2.* (2) quia testator & pater inter liberos quoque inæquales partes facere potest. *L. 26. C. h.* (3) causa hæc, ratione patris, extra legitimam, mere lucrativa est, in qua cessat evictio. *l. 18. in f. Donat.* (4) quia quod uni filiorum plus datum est, valet tanquam prælegatum, in quibus remedium legis 3. cessat. Conf. *l. 32. §. 1. h. l. 7. l. 18. C. h.*

Laut. pag. 152. verb. *Etiamsi divisio a testatore facta &c.*

OBJ. (1) *l. 33. h. l. 77. §. 8. in f. de leg. 2.*

RESP. Exceptio est si mutuo invicem aliquid præstare debent cohæredes; ex æquitate enim tunc, si uno prælegato evicto alter nihilominus velit suum petere, repelli potest exceptione doli, daturque exceptio vel retentio ei qui rem alienam accepit, donec ei satisfiat.

OBJ. (2) Quod testator præsumatur credidisse esse res suas, si vero alienas esse credidisset, procul dubio aliter partes assignasset.

RESP. (1) Imo etsi id præsumatur credidisse, tamen contrarium disponitur in *d. l. 77.* & ratio quoque juris contraria est, quia intuitu patris est liberalitas, ubi evictio cessat. *d. l. 18.* nisi pater utrinque mutuo aliquid voluerit relictum, tunc enim rem propriam videtur voluisse transferri.

Atque hanc sententiam defendit *Treutl. V. 1. d. 19. th. 12. lit. d. Gloss. in l. 21. C. h. & Dd. apud Treutl. allegati.*

DISSENTIUNT Dd. comm. *Laut. h. p. 152. ibique Dd. Struv. h. §. 12. ibique Evol. Bach. ad Tr. d. l.* Conf. *Stryk. U. M. h.* §. *8.* Qui distinguit, an pater certam rem uni filiorum per modum fideicommissi reliquerit, an vero inter omnes liberos divisionem fecerit; Illo casu prælegatum videri, hoc vero casu uni præ alio præjudicare voluisse non videri: Ubi porro distinguit, an pater expresse voluerit, ut quisque filiorum portionem cum periculo capiat, an vero hanc voluntatem non expresserit: Et denique, an inter liberos diviserit, an vero inter extraneos. Quæ latius videri possunt *dict. §. 8.*

LIB. X. TIT. III.

COMMUNI DIVIDUNDO.

Qv. I. *An actio communi dividundo mixta sit?*

Laut. pag. 152. verb. *est mixta &c.*

AFFIRM. vid. sup. *tit. 1. q. 1.*

Qv. II. *An actio hæc oriatur etiam ex dominio utili?*

Laut. pag. 152. verb. *directo vel utili.*

AFFIRM. *L. 7. pr. h.*

OBJ. *L. 7. pr. §. 1. h.* Ubi in fundo vectigali non debet divisio fieri.

RESP. Equidem in genere omnes illi qui dominium utile habent, actionem de communi dividundo instituere possunt, idque in fundo vectigali quoque verum est: *d. l. 7.* verb. *Locum habet & in agro vectigali*; At ex officio judicis dependet, num agrum illum dividendum judicet, num non, & hinc per modum consilii id ei suppeditatur *d. l. 7. magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione*, addita ratione, *ne præstationes publicæ confundantur*, *d. l. 7. ibique Brun.* Si ergo judex putat dividendum talem agrum, omnino etiam tum id fieri potest, *Brun. d. l. 7.*

Qv. III. *An actio hæc locum habeat, si condominus potuit partem suam seorsim gerere?*

NEG. Sed sola actio negotiorum gestorum ei datur; quia ultro, & cum nullam causam haberet, curam rei alienæ suscepit, indeque ad omnem culpam etiam levissimam tenetur. *Vid. tit. præced. q. 3.*

OBJ. Quod actio negotiorum gestorum concurrat cum actione *comm. divid. & fam. erc.*

RESP. Verum de contraria, quia hæc non est gravior altera *arg. l. 6. §. f. his qui not. inf.* in hac enim tantum de calculo quæritur, & gestor agit ad sumtus repetendos. *d. l.* At nunquam concurrit directa, quæ levissimam culpam vindicat, quia gestor, qui non potest seorsim gerere, non ultro rem alienam sed ob suam causam gerit. *l. 25. §. 16. fam. erc.*

LIB.

LIB. X. TIT. VI.

AD EXHIBENDUM.

Qv. I. *An actio ad exhibendum ſit perſonalis?*

AFFIRM. *L. 3. §. 3. h.* quia datur non ad jus in re vindicandum, ſed ad cogendum poſſeſſorem ut mihi exhibeat.

Laut. pag. 153. verb. quæ eſt perſonalis &c.

OBJ. *L. 1. h.* ibi: *propter vindicationes.*

RESP. Inde non ſequitur eſſe reales, ſed ut reales cum effectu intentari poſſint, datur perſonalis.

INSTO. Dari contra quemcunque poſſeſſorem. *l. 3. ʃ. f. ad Exhib.*

RESP. Sequitur hoc non ex natura actionis, quaſi eſſet ex cauſa juris in re, ſed ex natura rei quam exhibere nemo poteſt, niſi qui eam habet: Eodem modo uti noxales actiones contra quemcunque poſſeſſorem dantur, quia nemo noxæ dedere poteſt, niſi qui rem habet; quæ tamen actiones non ex cauſa aliqua juris in re oriuntur, ſed perſonales ſunt. *l. 1. §. 12. ſi quadr. paup.*

Atque hinc apparet hanc actionem revera non eſſe in rem ſcriptam, nam tales in jure non ſunt, niſi in quibus ex ſingulari ratione id conſtitutum appareret, ut in actione quod metus cauſa. *l. 14. ʃ. 3. ff. Quod met. cauſ.* Quod vero hæ actiones contra quemcunque poſſeſſorem dentur, non eſt ex conſtitutione legis, ſed id ſequitur ex ipſa natura rei, etſi id conſtitutum non eſſet; utpote cum nemo exhibere vel noxæ dedere poſſit, niſi poſſideat.

Qv. II. *Cuinam detur hæc actio?*

RESP. Omni ei cujus intereſt. *L. 3. §. 9. 10. & 11. l. 19. ff. h.* Modo ſit juſta cauſa, *l. 3. §. 11. in f. eod.* ſive quod idem eſt, modo peculiariter actoris interſit. *L. 13. ff. h.*

Quando vero videatur peculiariter intereſſe de eo admodum diſceptant Dd. *Alii* corrigunt textum in *d. l. 13.* & pro *peculiariter* legunt *pecuniariter*, quaſi non detur actio ad exhibendum niſi pecuniariter actoris interſit: Sed male; (1) per text. in *l. 12. pr. h.* ubi non intereſt pecuniariter actoris, qui libertatem vindicare vult, & tamen datur actio ad exhibendum. Sed & (2) in *l. 3. ʃ. 8. h.* legatarii &c. intereſt pecuniariter, nec tamen ei datur hæc actio: Uti & (3) in *l. 19. h.* maxime intereſt exhiberi rationes, neque tamen actio hæc competit. *Alii* rectius peculiariter tum actoris intereſſe dicunt, quando ipſe

jus aliquod ſibi proprium, ex juſta & probabili cauſa debitum, adeoque quod ipſi peculiare eſt, petit.

Ceſſat ergo hæc actio, neque peculiariter intereſt (1) ſi jus aliquod publicum petitur, quia actio ad exhibendum præparat tantum actiones privatas, quibus ſuum quisque jus perſequitur, atque hinc is qui concivis ſui libertatem conſequi vult, non poteſt agere ad exhibendum, quia non peculiariter intereſt. *l. 13. h.* ſed agit ex jure, quod omnibus e populo commune eſt. *L. 3. §. 9. hom. lib. exhib.* Secus ergo ſi agat ad libertatem agnati, filii, &c. tunc enim peculiariter ob jus cognationis ipſi proprium, *l. 12. pr. h. junct. d. l. 13.*

Ceſſat quoque (2) Si mea non interſit ex juſta & probabili cauſa, forte quod jus mihi quæſitum non ſit, nam nec tunc peculiariter mea intereſt, ut (α) in caſu *l. 19. h.* ubi nemo contra tertium ad exhibendos libros agere poteſt, etſi doctior inde fieri poſſit, & ſic hactenus interſit, quia non intereſt ex juſta & probabili cauſa *d. l. 19. l. 3. §. 11. in f. eod.* (β) quoties hæres, etiam poſt aditam hæreditatem, tantum agit ad inſpiciendum, & deſcribendum tabulas, &c. ut in caſu *l. 3. §. 12. & 15. ff. de Tab. exhib.* ubi hæredibus tantum datur interdictum exhibitorium, quia non contendunt tabulas ſuas eſſe, (nam ſi id contendunt, datur actio ad exhibendum. *L. 3. §. 5. & 8. Tab. exhib. l. 3. §. 8. teſt. quem. ap.*) ſed agunt ſaltem ut exhibeantur, & inde poteſtatem *legendi* & deſcribendi conſequantur. *Vid. q. ſeq.*

Denique & (3) ceſſat in legatariis, & aliis, quam hæredibus, qui exhibitionem tabularum teſtamenti petunt: nam eorum peculiariter non intereſt, quia tabulæ non pertinent ad eos, ſed ad hæredes, *l. 3. §. 8. h. l. 3. teſt. quem. aper.* cum ergo illi vindicare non poſſint. *d. l. 3. teſt. quem. aper.* neque ad exhibendum agere poterunt. *l. 3. §. 14. junct. l. 1. l. 3. l. 3. §. 2. §. 6. ſeq. h.*

Qv. III. *An actio ad exhibendum detur ei qui exhibitorio interdicto agere poteſt?*

Laut. pag. 154. verb. Quod ſecus eſt in exhibitorio.

Præmittendum hic eſt; aliam cauſam eſſe actionis ad exhibendum, aliam cauſam interdictorum exhibitoriorum: Actio enim ad exhibendum eſt præparatoria rei vindicationis, & tantum datur ei qui propter jus in re exhibitionem petit: *l. 1. ad exhib. l. 3. §. 3. Eod. l. 3. §. 5. Tab. exhib.* Adeoque & patri, qui libertatem filii ſui vindicat. *l. 12. pr. ad exhib.* (nam pater quoque vindicat jus patriæ poteſtatis. *l. 1. §. 1. R. V.*) at interdictum exhibitorium datur iis, qui non propter jus in re vindicandum exhibitionem petunt, ſed forte ob aliud jus perſonale, uti (1) legatariis, &c. qui petunt ſibi exhiberi tabulas, ut inde certiores de jure ſuo fieri poſſint. *l. 3. §. 8. ad exhib.* (Legatarii enim non poſſunt vindicare tabulas, ſed ſolus hæres, quippe qui earum dominus eſt. *l. 3. teſt.*

teſt. quem. ap. d. l. 3. ſ. 8. verb. *extra hæredem.*) (2) Hæredibus ante aditam hæreditatem; nam nondum vindicare poſſunt tabulas, cum dominium ad eos non pertineat, quin & poſt aditam hæreditatem, ſi non ipſam proprietatem vindicant, ſed tantum inſpectionem & poteſtatem legendi deſcribendique deſiderant. *l. 3. §. 12. & 15. tab. exhib.* (Secus ergo ſi poſt aditam hæreditatem ipſas tabulas vindicant. *l. 3. ſ. 8. h. l. 3. teſt. quem. ap.*) (3) Unicuique e populo qui concivis libertatem quærit, *l. 3. §. 9. Lib. hom. exhib. junct. l. 13. h.* niſi pater ſit, qui rei vindicationem habet, *l. 12. pr. h.* & cujus peculiariter intereſt, *l. 13. pr. h.* is enim ad exhibendum agit.

His ita præmiſſis, dicimus, quod ei, qui ad exhibendum agere vult, ad effectum vindicandi non detur interdictum exhibitorium, nec contra; nam interdicta dantur in caſibus ubi non agitur ad exhibendum ad effectum vindicationis, ſed ſaltem ad effectum inſpiciendi, legendi, deſcribendi, &c.

Atque ita non OBSTAT (1) *l. 3. §. 8. h. l. 3. ff. teſt. quem. ap.* Ubi hæredes agunt ad exhibendum; his autem competit interdictum exhibitorium. *l. 3. §. 12. ſ. 15. tab. exhib.*

RESP. In dictis legibus agitur de vindicatione ipſarum tabularum, hoc fieri non poteſt niſi prævia actione ad exhibendum. *L. 3. §. 5. de Tab. exhib. l. 3. ff. Teſt. quem. ap. l. 3. §. 8. Ad exhib.* Secus ſi hæres ſaltem peteret inſpectionem ob aliud jus perſonale, tunc enim ceſſat actio ad exhibendum, & dantur interdicta & edicta exhibitoria. *L. 3. ſ. 8. Ad exhib. l. 3. Teſt. quem. ap. l. 13. ff. Ad exhib. arg. l. 3. §. 5. tab. exhib.*

OBJ. (2) *L. 12. pr. h.* Ubi hæredi datur actio ad exhibendum in caſu ubi quoque datur interdictum exhibitorium. *L. 13. pr. h.*

RESP. Actio ad exhibendum datur tantum, *ſi exhibens libertatem vindicare velit*, adeoque ſi pater eſt, qui habet vindicationem; *l. 1. §. 1. R. V.* cujus proinde peculiariter intereſt. *l. 13. h.* Alias, & ſi extraneus eſt, qui populari actione agit ad exhibendum, (vid. *l. 3. ſ. 9. Lib. hom. exhib.*) ut ſcil. ex inſpectione appareat num liber ſit, non dabitur actio ad exhibendum: quia concivi non datur vindicatio libertatis, nec ejus peculiariter intereſt, vid. *præced. quæſt.* ſed dabitur interdictum exhibitorium. *d. l. 13.*

LIB.

LIB. XI. TIT. I.

DE INTERROGATORIIS.

Qv. I. *An articulos probet ille qui ponit?*

Laut. pag. 156. verb. Ponens omnes veras esse fatetur.

NEGAT hoc *Laut. in f. h.* & in eo differre ait a positionibus, quas ponens veras esse fatetur: Autor hujus opinionis est *Marant. p. 6. rubr. de posit. n. 6. & 7.* at sine ratione, sine textu, & falso citatis autoribus, id decerpsit *Gail. 1. Obs. 79. n. 6. & 7.* ex hoc *Carpz. proc. tit. 13. art. 4. n. 6.* qui citat *Hiltrop. proc. jud. p. 3. t. 3. n. 4. Um. proc. l. 3. n. 3.*

Nos articulos æque ac positiones fateri probamus (1) quia est articulantis assertio, quam veram esse contendit voce, Wahr ꝛc. Quin (2) est ipsa positio quæ ab adversario negata fuit, & jam per testes probari debet; & (3) contra sensum communem est, eum non fateri, qui publice & expresse id asserit & defendit, & testibus ac instrumentis id probare contendit: neque enim (4) articulans falsa & mendacia se docere concedet; nec (5) ratio differentiæ *inter* positiones & articulos, & cur illos magis quam hos probare videatur, dari potest: Atque ita (6) Dd. in genere dicunt positiones probare ex *C. fin. Jurej. in 6. Bart. in L. 28. Quod observari n. 18. C. jur. Cal. Bocer. class. 6. d. 22. n. 13. Mynf. Resp. 25. n. 23.* (qui de positionibus loquitur, ad quas testes respondent; adeoque de articulis *n. 20. seq.*) *Ferrar. Pract. form. cap. actor. vers. coram. n. 4.* ubi ait magis pure fateri articulos quam positiones. *Brunn. proc. civ. c. 17. n. 2.* Ubi ait se non capere eam differentiam. *Rosb. proc. t. 51. n. 23. & seq.*

Equidem hanc rationem differentiæ dat *Dn. Berg. in resol. ad Laut. h. t. Ponentem quidem id intendere, ut adversarius respondeat, quo per ejusdem confessionem relevetur ab onere probandi; itaque æquum esse, ut ipse quoque ponens ponendo confiteatur, atque adeo adversarium levet onere probandi, ne judicium claudicet. Contra vero, qui articulos format, non velle ut adversarius respondeat, nec eo fine eum suos articulos producere, sed ut negata per testes vel instrumenta probet.*

RESP. (1) Imo vero ratio, quod ponens suas positiones veras fateatur, non hæc est, ut adversarium relevet ab onere probandi, sed quia id asserit, eodem modo uti ille, qui libellum in judicio offert, contenta vera esse dicit, unde etiam hujusmodi confessio judicialis pro plena probatione habetur: Eadem ratio est in articulis, nam hi quoque confessionem inferunt: Sed & (2) jam dictum est; articulos esse ipsas positiones a reo negatas, & per testes probant-

bandas; id quod ipse *Dn. Bergerus* ait, *articulos produci, ut negata per testes vel instrumenta probentur:* Cum ergo actor illa negata semel pro veris habuerit, jam improbare amplius nequit.

Atque hinc interrogatoria quoque formantem ea pro veris habere puto: Aliter *Dn. Berger. d. l. ibique Gomez. 3. Res. 12. n. 4. & Um. proc. disp. 16. th. 10. n. 67. in f.* Unde & reprobaturus pro confirmandis suis articulis reprobatorialibus potest compellere alterum, ut articulos probatoriales recognoscat: Aliter *Dn. Berger. d. l. ibique Schwend. ad Proc. Fibig. pag. 1402. seq.*

Qv. II. *An etiam in actionibus in rem interrogationes obtinuerint?*

NEG. *Struv. h. th. 41.*

OBST. *l. 20. §. 1. h.*

RESP. Loquitur de causa personali, agitur enim ibi contra debitorem fundum possidentem.

OBJ. *L. 11. C. de pet. hæred.*

RESP. Singulare est in petitione hæreditatis. Conf. *Struv. Ex. 10. th. 51.*

Qv. III. *An hodie adhuc interrogationes obtineant?*

Videatur late & bene hac de re *Dn. Stryk. U. M. h. §. 14. & seq.*

LIB. XI. TIT. II.

DE QUIBUS REBUS AD EUNDEM JUDICEM EATUR?

Qv. I. *An reus diversarum jurisdictionum coram eodem judice simul de petitorio & possessorio conveniri possit?*

AFFIRM. Et nemo alium super possessione, alium super proprietate judicem postulare potest. *L. 10. C. Judic. l. 13. ff. R. V.* Summa enim iniquitas esset, si actorem plures actiones in diversis judiciis instituere, vel reus in diversis locis respondere teneretur, cum coram uno judice lis terminari ex continentia causæ possit.

Laut. pag. 157. verb. *Inde simul agitur de petitorio & possessorio.*

At alia quæstio est, an cumulari coram eodem judice petitorium & possessorium, unoque libello comprehendi possit? de quo plenius egit *B. Par. in Disp. de cumul. pet. & poss.* Vid. *infr. tit. de interd.*

Qv. II. *An conjunctio causarum bodie sit in arbitrio actoris?*

Dissent. Laut. pag. 157. verb. *Hodie est in arb. etc.*

Ita putat *Laut. h. pag. 157.* sed ipse statim fatetur invito reo hoc fieri non posse. *ibid.* Plures casus hujusmodi conjunctionum late & solide recenset *Dn. Stryk. U. M. h. t.*

LIB. XI. TIT III.

DE SERVO CORRUPTO.

Qv. I. *An actio bæc sit famosa.*

Laut. pag. 157. verb. *Non famosa.*

NEG. (1) Quia quatuor tantum sunt delicta famosa. *Laut. comp. pag. 62.* sub quibus hoc delictum non continetur. (2) Atque hinc actio hæc contra uxorem quoque datur. *L. f. h.* Non vero daretur, si esset famosa. *arg. t. t. & l. 2. ff. R. amot.* (3) per text. expr. in *l. 5. § f. l. 6. junct. l. 7. pr. Obseq.* patr.

OBJ. (1) §. *23. Inst. act. §. 26. Eod.* ubi comparantur actio furti, & actio servi corrupti.

RESP. Comparantur quoad effectum præstationis dupli, non ultra.

OBJ. (2) *L. 56. pro socio. L. 5. §. f. junct. l. 6. Obseq.* ubi actio servi corrupti pro famosa habetur.

RESP. Imo tantum ibi dicitur pro turpi haberi, quia personæ dolum malum notat, famosa non est, uti id expresse traditur in *d. l. 5. §. f. l. 6. junct. l. 7. pr. de Obseq.*

Vid. *Laut. pr. h.*

DISSENT. *Goth. ad d. l. 5. & d. l. 6.*

Qv. II. *An bæc actio sit mixta, ita ut duplo res insit?*

Laut. pag. 158. verb. *Duplo res inest.*

AFFIRM. *L. 14. §. 5. h. l. 9. §. p. Eod.*

OBJ. §. *26. Inst. act.* ubi actio hæc cum actione furti conjungitur, & mixtis actionibus contradistinguitur, asseriturque has actiones omni modo in duplum esse.

RESP.

RESP. Imo non contradistinguuntur actionibus mixtis, sed eis quæ ex postfacto, & per inficiationem demum, in duplum fiunt: cum actio servi corrupti, & actio furti, statim ab initio in duplum dentur. §. 29. *Inst. Eod.* Conf. *Berg. in resol. h. t.*

Hodie & servi, & omnes pœnæ privatæ, cessant, & sic hæc actio quoque directa usum amplius non habet: At utilis *hodieque* obtinet, de qua vide *Laut. in fin. h. t.* Conf. *quæst. 4.*

Qv. III. *An fœmina inhonesta a vicinis e vicinia expelli possit?*

AFFIRM. Si domus sit conducta; *arg. Nov. 14. §. 1. per tot. ibique Goth. lit. C. Papon. de arrest. 22. arrest. 9. & 14.* Unde & usuaria, si meretrix sit, expelli potest. *l. 7. ff. Us. & Hab.* At aliud est, si domus ei sit propria, *arg. l. 18. In jus voc.* nisi omnibus scandalo sit; tunc enim non tantum e domo, sed & e civitate expelli potest. *arg. d. Nov. 14.* Conf. *Thesaur. lib. 1. q. 33.*

Laut. pag. 158. verb. *Inhonestæ fœminæ.*

Qv. IV. *An hodie adhuc sit hujus tituli usus?*

AFFIRM. Quoad utilem actionem, atque hinc ob famulorum, liberorum, uxoris &c. mores corruptos actio hæc utilis *hodieque* dabitur. *Dn. Stryk. U. M. h §. 1. 2. 3. & seq.*

LIB. XI. TIT. IV.

DE FVGITIVIS.

Qv. I. *An famulis discedentibus debeatur merces ratione præteriti temporis?*

AFFIRM. Operarum enim usus singulis momentis percipitur, adeoque quia pro rata operas præstiterunt, pro rata quoque merces ei debetur. *arg. l. 15. §. 7. Loc. cond.* At dominus deducit quanti sua interest famulum, ante locationis tempus elapsum, non recessisse; *arg. d. l. 15.* quia hactenus operas non præstitit, indeque nec operarum mercedem petere potest. *Laut. h. t.*

Laut. pag. 158. verb. *Nec famuli ante &c.*

An vero judex præmaturum discessum punire possit, valde dubito, vide *Laut. h. t.* nam in jure nullibi pœna publica ob contractum locationis non servatum constituta est.

LIB. XI. TIT. V.

DE ALEATORIBVS.

QV. I. *An repetitio pecuniæ ludo perditæ lædat verecundiam apud honeſtos viros?*

Laut. pag. 159. verb. Quæ tamen repetitio vere cundiam &c.

NEG. Nam qui utitur beneficio juris, legisque remedio, non turpiter agit, neque judicium colluſorum hic curamus, ſed gravium virorum, qui ſane non improbabunt actionem, qua tranquillitati reipublicæ conſulitur, & luxuria coërcetur. Unde hodieque hujusmodi repetitionem obtinere omnino puto. vid. *Dn. Stryk. U. M. h.* §. *6.* (1) per text expr in *l. 1. C. l. f. C. Aleat.* qui nullibi in jure mutati apparent. Idque (2) inprimis verum eſt, ſi ludens non habeat liberam rerum adminiſtrationem. *Laut. p. 160.* Vel (3) ſi victor repetentem ad ludendum ſollicitaverit. *Carpz. Grœnweg. &c. apud Laut. d. l.* Vel (4) fraus intervenerit. *Laut. d. l.* Item ſi (5) veſtes perdiderit, vel magnum familiæ diſpendium concurrat. *Brunn. in Parat. Wes. h. q. 4. Brunn. ff. ad l. 1. n. 10. h. t. &c.*

OBJ. Quod in pari turpitudine melior ſit conditio poſſidentis: l. 3. *Cond. ob turp.*

RESP. Vera hæc eſt regula, niſi alter certet de mero lucro captando, & alter de damno vitando, uti hic, vel niſi lex aliter diſponat.

QV. II. *An mutuanti ad luſum detur pecuniæ repetitio?*

Laut. pag. 159. verb. tertius repetit creditum.

AFFIRM. *L. 8. pro Emt. l. 3. de in rem verſ. l. 11.* §. *6. Min. l. 12.* §. *11. Mand.* ubi ei qui ſcit accipientem ſcorto daturum, aut alias perditurum, actio datur; ſufficit enim in ejus negotium datum eſſe, licet ipſe male utatur. Conf. *l. 2.* §. *1. Quar. rer. act. non dat.*

OBJ. (1) *L. 12.* §. *11. Mand.* ubi ei, qui ſciens perdituro credidit pecuniam, actio non datur.

RESP. Loquitur de adoleſcente & minore, hic enim illecebris eo perductus videtur.

OBJ. (2) Uſucapionem non valere. *d. l. 8.*

RESP. Poſſeſſio rei alienæ ad effectum uſucapionis valet, ſi juſtus titulus adſit; ſecus ergo ſi ludendo rem alienam acquiſivit, hic enim titulus vitioſus eſt: *d. l. 8.*

Atque

Atque ita quoque rem decidit *Berl. p. 1. dec. 66. n. 56. Carpz. p. 3. q. 134. n. 27. Dn. Stryk. U. M. h. §. 10.* distinguit an a collusore & caupone mutuo data sit pecunia, an a tertio, & illo casu non dari repetitionem ait.

Qv. III. *An aleatorum receptator vindicet damnum tempore lusus injuria datum?*

NEG. *L. 1. pr. & §. 8. seq. h.* idque responso JCtorum Helmstadiensium firmat *Hahn. ad W. h. n. 2. Struv. S. 53. h. ibique Evol.*

Laut. pag. 160. verb. *Qui neque vindicat injuriam &c.*

OBJICIT *Wissenb. Ex. ad π. 23. th. 16.* injustam esse hanc constitutionem, eamque invitare homines ad furta, damna, &c.

RESP. Alia quæstio est, an læso fiat injuria, ita ut ille ejus reparationem petere possit? & negatur: Alia, an magistratus pœnam irrogare possit? affirmatur; hic enim injurias ex officio punire potest & debet. *Berger. in resol. h. Stryk. U. M. h. §. 11.*

LIB. XI. TIT. VII.

DE RELIGIOSIS ET SUMTIBUS FUNERUM, ET UT FUNUS DUCERE LICEAT.

Qv. I. *An actio hæc detur contra socium?*

NEG. *L. 2. §. 1. h.* Sed vel actio communi dividundo, vel familiæ erciscundæ, vel actio pro socio datur. *d. l. 2. l. 39. pro socio*; ubi autem ordinaria actio datur, subsidiaria illa in factum locum non habet.

Laut. pag. 163. *in fin.* verb. *Non etiam contra socium &c.*

OBJ. (1) *L. 43. h. t.* ubi socio datur actio.

RESP. Interdictum ei datur de mortuo inferendo, at non hæc actio in factum.

OBJ. (2) *L. 6. §. 6. com. div.* ubi dicitur dari actionem in factum.

Sed bene RESPONDET *Dn. Berger. in resol. h. t.* aut actionem illam in factum esse interdictum de mortuo inferendo, aut dicendum, Ulpianum ibi tantum referre Labeonis & Trebatii sententiam, non vero approbare, sed potius eam refutare in *l. 2. S. 1. h.*

OBJ. (3) Sed quid opus eſt interdicto, cum ordinaria actio competat?

RESP. Hic ſimul de poſſeſſione deciditur, ne vis fiat ei, qui inferre vult mortuum in ſuo loco.

Hodie vix uſum habet hæc quæſtio, quia certa cœmiteria ſunt conſtituta, ubi mortui inferuntur, nec enim promiſcue ita mortuum inferre licet. *Stryk. U. M. h. §. 7. ſeq.*

Qv. II. *An reus eligat, num mortuum tollere, num loci pretium ſolvere velit?*

Laut. pag. 164. verb. *ad loci pretium vel ad mortuum &c.*

Notiſſimi juris eſt mortuum in alieno ſepulchro illatum propria auctoritate effodi non poſſe, idque propter reverentiam manium, &, quia corpus recte ſepultum non eſt inquietandum, ita receptum eſt *l. 8. pr. l. 38. l. 39. l. 40. relig.* vid. *l. 1. & f. C. Eod.* (quod ſecus eſt in aliis rebus profanis. *l. 29. l. Aquil.*) adeo ut violator ſepulchri incurrat in pœnam ſepulchri violati. *L. f. ff. de Sepulchr. viol. Laut. Comp. pag. 163.*

Domino autem ſepulchri vel loci, cui injuria illatione mortui facta eſt, datur actio in factum, *l. 2. §. 2. ff. Eod.* adverſus inferentem, *l. 2. §. 1. & 2. eod.* ad loci pretium vel ad mortuum tollendum, *l. 7. pr. ff. Eod.* & præterea ad pœnam. *L. 2. §. 2. ff. Eod.*

In eo autem jam vertitur quæſtio, cujus ſit electio, an actoris, qui mortuum tolli vult? an rei, qui pretium offert?

RESP. Rei. *Laut. comp. pag. 164.* (1) Quia in alternativis, ſi de obligatione agitur, electio eſt Debitoris. *L. 10. §. f. Jur. dot. ibique Goth. & Dd.* (2) Cum reipublicæ interſit, ut corpus ſemel ſepultum abſque neceſſitate non transferatur, cum ſpatium præterea ſatis amplum adſit, in quod inferri mortui poſſint, quin cum liberum ipſi ſit, aliud ſepulchrum ſumtibus adverſarii exſtruendi, ſumma calumnia foret translationem corporis mortui deſiderare. Atque ita (3) ſentiunt *Laut comp. p. 164 ibique Aſinius ad dict. l. 7. pr. n. 1. & 2. Brun. ad d. l. 7. n. 1.* Pro qua ſententia (4) in contradictorio judicatum in cauſa der Geſchwiſter Fünen contra den Paſtor Bähren zu Börßel Menſ. Oct. 1709.

Neque OBSTAT (1) Quod videatur potius electio domini, quia ille non poteſt cogi, ut rem ſuam vendat.

RESP. Imo favore religionis aliud dicendum. *Brunn. d. l.* quod vel inde probatur, quia ex eodem favore in hac materia conſtitutum eſt, ut dominus iter ad ſepulchrum alii vendere teneatur. *l. 12. pr. Eod.*

OBJ. (2) Quod in dubio ejus ſit electio, in cujus favorem alternativa adji-

adjicitur, *arg. l. 6. C. Legib. Panorm. in c. 4. n. 20. X. de dol. & contum. Bald. in l. f. n. 5. in f. C. de petit. hared.* adeoque domini.

Resp. Favor hic est ipsius corporis mortui, quia sepulchrum naturaliter ejus esse videtur. *l. 4. ff. Eod.* Et indubie major favor est sepelientis, quam domini, quia inhumanum esset ejus arbitrio relinquere, num ejicere mortuum velit, num non.

Obj. (3) Quod alternativa in pœnam contraventionis & transgressionis sit constituta, *d. l. 2. pr.* In iis vero, quæ pœnæ loco alternative statuta sunt, facultatem eligendi non competere observat *H. Pist. l. 3. q. 4. n. 14. Hahn. Obs. ad Wes. tit. de relig. & sumt. fun. n. 4.*

Resp. Dictum jam est in obligatione alternativa electionem rei esse, eoque regulam illam fallere. Neque (2) pœnæ loco est statutum, ut pretium domino restituat, sed beneficii loco: Nam pœna non erit ei, qui in alio loco pretium solvere debuisset. Accedit (3) quod in favorem ipsius mortui id constitutum sit, sepultura enim officium humanitatis dicitur.

Obj. (4 Quod ita in arbitrio cujusque esset sepulchra violandi inferendoque mortuum me sepulchro privare.

Resp. Si dolose id fiat, pœna pecuniaria inferens punitur, *l. 2. §. 2. ff. h.* at mortuo indulgetur, neque ei id imputari potest.

Qv. III. *An actio hæc detur hæredibus & contra hæredes?*

Affirm. *L. 7. pr. h. Hæredibus* enim datur, quia est rei persecutoria, *d. l. 7. l. 9. h.* Et *contra hæredes* datur, quia actiones ex delicto rei persecutoriæ in hæredes dantur in solidum. *§. f. Leg. Aquil.* vid. *sup. ad tit. de Leg. Aquil. qu. 14.* Accedit quod tantum actiones ex delicto prætoriæ non dentur contra hæredes, quia dolum persequuntur; At hæc actio est ex jure civili. *L. 8. §. 4. h.* Nec in pœnam doli datur, quia locum habet etsi ignoret.

Laut. pag. 164. verb. Sed non hæredibus & contra hæredes.

Obj. *L. 9. h.* Ubi ipse JCtus miratur, quare constare videatur neque hæredi neque in hæredem dandam hanc actionem; Unde putant Dd. hic esse exemplum *l. 20. ff. de Legib.* quod scil. non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi possit.

Resp. Imo JCtus non miratur quod ita constitutum sit, nam ipse id in fine negat, sed quod ita quibusdam constare videatur; Adeoque refert JCtus sententiam dissentientium, eamque refutat allegata (1) ratione, quod sit rei persecutoria, verb. *Nam ut apparet pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur,* hæ autem actiones, etsi sint ex delicto quoque, tamen sua natura in hæredes transeunt. Unde (2) concludit actionem perpetuam esse: verb, *certe perpetuo*

ea inter ipsos competit, quod falsum esset, si non ad hæredes transiret: Adeoque sententia JCti hæc est, quod miretur eos, qui putant, hanc actionem non dari hæredibus, nec in hæredes; cum tamen hæc actio sit rei persecutoria, & perpetua: uti id clare quoque ita traditur in *l. 7. pr. h.*

Qv. IV. *An actio funeraria contra maritum tantum detur quantum facere potest?*

Laut. p. 165. verb. *Si vera ipsa.*

AFFIRM. *L. 28. h.*

OBJ. *L. 13. C. de Neg. gest.*

RESP. Ibi casus est, ubi dos revertitur ad maritum, tunc enim maritus plene tenetur.

Idque præjudiciis firmat *Carpz. in alleg. loc.*

Qv. V. *An salaria chirurgorum & medicorum in ultima curatione actione funeraria vindicentur?*

Laut. p. 165. verb. *Salaria chirurgorum.*

NEG. Quia in ultimum morbum impenduntur, adeoque vivo eo; *actione* funeraria autem tantum sumtus funeris, adeoque mortui, repetuntur. Moribus tamen ex abusu introductum est, ut actio hæc pro sumtibus ultimi morbi detur. *Carpz. p. 1. c. 28. def. 41. Berl. p. 1. concl. 63. Laut. h. pag. 165.*

✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻✻

LIB. XI. TIT. VIII.

DE MORTUO INFERENDO, ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO.

Qv. I. *An hodie hujus tituli sit usus?*

AFFIRM. Nam cum *prius* interdictum detur ei, qui prohibetur mortuum inferre in locum, cujus dominus est; *l. 1. pr. h.* etsi alius usumfructum ibi habeat, vel fundus alii communis sit, *l. 43. h.* utilitatem id hodie habebit (1) si forte cœmeteriis ob inundationem uti non possim, indeque in fundo alieno mortuus inferendus sit; vel (2) si via publica, quæ ad cœmeterium ducit, inundata sit, tunc enim iter per vicini fundum petere possum. *Struv. h. th. 96. ibique Dd. Clar. ad LL. 12. tab. c. f. Mind. de interd. tit. 2. per tot. Murga disq. mor. tom. 14. disq. 1. seq. Flores de Mina ad Ant. de Gam. dec. 54. n. 3.*

Eadem

Eadem ratione ei, qui monumentum exſtruere vult, hodieque *interdicto de ſepulchro ædificando* conſulitur. *Brunn. ad W. h. q. 2. Carpz. l. 2. def. 392.* ſi forte eccleſia &c. in hæreditario ſepulchro dominum ædificare prohibeat: Vid. *Struv. h. th. 80.*

At formula interdictorum non ita amplius obtinet, ſed res per mandata compulſorialia expeditur, als befehlen Wir Euch hiermit, Supplicanten an ſeinem Begräbniß-Bau nicht zu beeinträchtigen: vid. *tit. de interd. q. 1. Stryk. U. M. h. §. 1.*

LIB. XII. TIT. I.

DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETETUR, ET DE CONDICTIONE.

Qv. I. *Quid ſignificet rubrica, ſi certum petetur?*

RESP. Indigitatur hac formula, peti hoc titulo res certas, quæ numero, pondere, & menſura conſtant, adeoque unde non datur actio, ſed ſpecialiſſime condictio certi, quippe quæ datur in omnibus negotiis ſtricti juris, ubi res, quæ petitur, plane certa eſt.

Quantopere autem Dd. hic hallucinentur, vide apud *Fach. Controv.* 11. *c.* 64.

Qv. II. *An creditum tantum ad mutuum an etiam ad alia negotia pertineat?*

RESP. In genere creditum dicitur, quoties alienam fidem ſecuti contrahimus. *L. 1. pr. l. 2. §. 3. & f. h.* At in ſpecie denotat mutuum. *L. 2. §. 1. h. vid. Fach. l. 11. c. 73.* Quia hic jus quod creditor habet conſiſtit in nudo credito, rei quippe dominio in alium translato: Quod ſecus eſt in omnibus aliis negotiis.

Laut. pag. 166. verb. Creditum in genere.

Qv. III. *An diviſio mutui in* naturale, civile, & mixtum, *vera ſit?*

NEG. Nam præter *naturale*, quod in traditione conſiſtit, nullum agnoſcimus mutuum: *mixtum* enim eſt ipſum naturale. *Civile* vero mutuum, ſive quod ex liberali promiſſione oritur, mutuum verum non eſt, ſed literarum obligatio, adeoque proprium & ſeparatum negotium; de quo infra *quæſt.*

Laut. p. 166. verb. diviſio in naturale, civile & mixtum.

Qv. IV. *An recte dividatur mutuum in verum & præsumtum?*

Laut. ibid. verb. Item in verum & præsumtum.

NEG. Nam nullum aliud agnoſcimus, quam verum, quod rei traditione fit; præſumtum autem Doctoribus dicitur, quod ex literarum obligatione oritur; at jam dictum eſt hoc non eſſe mutuum, ſed ſeparatum negotium: Conf. omnino *Struv. h. th. 40. ibique Evol.* de quo plenius infra *quæſt.*

Qv. V. *An in mutuo transferatur dominium?*

Laut. ibid. verb. Ut accipientis fiat.

AFFIRM. Quia ſpecies in alterum transfertur, ita ut de ea pro lubitu alter diſponere poſſit. §. 1. *Inſt. Q. m. re contr. l.* 2. §. 1. *l.* 4. *h. &c.* alios textus late colligit *Struv. h.* §. 8. *ibique Evol.*

Attamen poteſt aliquo modo dici veram alienationem in mutuo non eſſe, ſcil. ratione quantitatis, quia tantundem debet reſtitui; & hoc ſenſu veram hic ſubeſſe alienationem negavit *Salmaſius* per *l.* 15. *ff. ſolut.*

Qv. VI. *Si uterque in translationem dominii conſentit, ſed ex diverſa cauſa, an traditione hac transferatur dominium?*

Laut. pag. 166. verb. Si uterque tamen &c.

AFFIRM. Traditio enim valet ex utriusque conſenſu, & effectus ejus eſt, ut dominium tranſeat: Idque in terminis ita traditur in *L.* 36. ibi: *cum in corpus quidem, quod traditur, conſentiamus, in cauſis vero diſſentiamus, non animadverto, cur inefficax ſit traditio &c. nec impedimento eſſe quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus. ff. h. t.*

Adeoque apparet hoc ſolum hic quæri, an traditionis effectus ſit, ut tranſeat dominium, quod affirmatur; Uti & certum eſt in condictione indebiti dominium tranſire, licet in cauſa erratum ſit.

At alia quæſtio eſt, an cauſa valeat, &, ſi tu mutuo des, ego vero ex cauſa donationis accipiam, vel contra, an transferatur dominium ex cauſa mutui, an donationis? Et dicitur in *l.* 18. *h.* neutram cauſam valere, cum neutra conſtitui poſſit ſine utriusque conſenſu: ibi: *Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias: Julianus ſcribit donationem non eſſe: ſed an mutua ſit, videndum, & puto nec mutuam eſſe, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.* Ita in §. 1. *Eod. ſi ego quaſi deponens tibi dedero, tu quaſi mutuam accipias, nec depoſitum nec mutuum eſt: etc.* adeoque apparet hic ſaltem de cauſa agi ejusque effectu, non vero de ipſa traditione.

Cum ergo cauſa non valeat, porro quæritur, an condici poſſit res ita ſine cauſa tradita? & hic ſubtiliter, at ſolide tamen, diſtinguitur, an tradens PLENE dominium transferre voluerit, ut ſi ille legatum, donatum &c. voluit, alter vero mutuo accipiat: tunc enim ipſo jure quidem, deficiente quippe cauſa,

ſa, datur condictio ſine cauſa; adeo ut re exſtante, ea cum effectu intentari poſſit; at re conſumta, repellitur actor exceptione doli, quia contra proprium factum ſuum venit: *d. l.* 18. *pr. Quare ſi eos conſumſerit, licet condictioni teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumti.*

INSTO. Quod, ſi res exſtet, eodem modo dici poſſit condicentem contra proprium factum venire, indeque repellendum eſſe doli exceptione.

RESP. Tum ceſſat æquitas exceptionis, quia reus, qui allegat actorem condicentem contra ſuum placitum venire, certat de lucro captando, cum e contrario, re conſumta, certat de damno vitando, adeoque hoc, non illo caſu magis imputatur actori quod contra placitum veniat.

Si vero actor NON PLENE dominium voluit transferre, uti ſi mutuo dedit, cum alter ex donatione accipiat, ſemper ei datur condictio, etſi res conſumta ſit; quia dominus noluit plus juris conferre, nec alterius error ei nocere debet; adeoque exceptio doli, quod contra proprium factum veniat, hic applicari nequit. Idque ita traditur *d. l.* 18. §. 1. *Si ego quaſi deponens tibi dedero, tu quaſi mutuam accipias, nec depoſitum nec mutuum eſt, etc. ſed etc. conſumtis nummis condictioni ſine exceptione doli locus erit.*

Atque his ita poſitis (1) non obſtant invicem *l. 36. A. R. D. & l. 18. pr. h.* Nam in illa dicitur valere traditionem & dominium quoque transferri, in hac vero negatur transferri ex cauſa allegatā, quia in neutram uterque conſenſit.

At, *inquies*, quo pacto dominium transferri poteſt per nudam traditionem? Contrariari hoc videtur *legi* 31. *A. R. D.* ubi præter traditionem juſta requiritur cauſa.

RESP. Eſt juſta cauſa dum uterque animum transferendi dominii habet: nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi: *§. 40. Inſt. Rer. div.* Quid vero juris ſit ratione condictionis, jam ante dixi.

OBJ. (2) *d. l.* 18. *pr.* ubi tamen dicitur accipientis nummos non fieri.

RESP. (1) Non ejus fiunt ex aliqua cauſa ibi allegata; (2) Ideo ejus non fieri dicuntur, quia repeti poſſunt, nummi autem proprie alicujus fieri non dicuntur, ſi ita dantur ut repetam. *L. 55. ff. ſolut.* & accipientis fieri dicitur, quod irrevocabiliter transfertur. *arg. l. 20. h. t.* Idque innuit quoque ratio allegata in *d. l.* 18. in verbis: *quia alia opinione accepit*, nam accepit mutuo, i. e. animo tantundem reſtituendi, non ergo ut perpetuo retineat.

Quantopere in conciliandis his textibus Dd. desudent, vide apud *Fach. Controv. l. c. Treutl.* §. 4. *h. lit. a. ibique Bachov. Struv.* §. 5. *h.*

Qv. VII. *An, si alius suos nummos meo nomine meaque voluntate solvat, verum sit mutuum, mihique acquiratur condictio?*

RESP. Stricto jure id omnino negandum est: Nam cum mutuum consistat in traditione, *pr. Inst. Quib. mod. re contr. L.* 2. §. 3. *h.* eoque dominium in accipientem transferatur, *arg. l.* 1. *fund. dot. L.* 15. *h. L.* 9. *pr. aut. tut. l.* 27. §. 2. *aur.* & *arg. leg.* non potest in re aliena, & sic nec in nummis alienis subsistere. *L.* 2. §. 4. ibi: *in mutui datione oportet dominum esse dantem. ff. h. t.*

At ex singulari æquitate receptum est, ut etiam alius meo nomine suos nummos solvere, indeque mihi condictionem acquirere possit. *L.* 34. *pr. Mand. L.* 15. *h.* Exempla sunt (1) in *l.* 34. *in f. pr. Mand.* ibi: *si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat:* ubi statim additur ratio: *id enim benigne receptum est:* clarius res expedita est in *l.* 15. *ff. reb. cred.* verb. *singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi creditorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.* Conf. *l.* 2. §. 4. *h.* & *l.* 9. §. 8. ibi: *si nummos meos tuo nomine dedero;* & mox, *nec dubitari*, quin si *meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio: ff.* Eod. Qua in re Julianus non ad rationes juris, sed ad solam consuetudinem & usum quotidianum provocat: ibi: *cum quotidie credituri* (ita enim legendum est, non *creditori.* vid. *q.* 10.) *pecuniam mutuam ab alio poscamus* &c.

(2) Aliud exemplum est in *l.* 15. *in f. h.* Si, cum ex mandato pecuniam penes te habeas, convenerit, ut credita sit, tunc enim videtur mihi tradita pecunia & a me ad te profecta.

INSTO: At hoc singulare non est, nam cum hoc fiat per constitutum possessorium, ipso jure (non ergo ex quadam singularitate) pecunia mihi tradita videtur, indeque revera mei nummi sunt, non alieni.

RESP. Falsum est hic esse constitutum possessorium, utpote quod tum demum fit, quando res, quæ nobis NB. tradita est (non ergo quæ forte ex mandato, aliaque actione personali penes nos est,) ex nova causa apud nos esse incipit: *Vid. q. seq.* Quin hoc ipso, dum ex singulari æquitate res hic pro tradita habetur, apparet, traditionem ibi non fieri vi fictæ cujusdam traditionis, utpote cum id sit juris ordinarii, sed rem traditam videri ex quadam singularitate.

(3) Exemplum etiam est in *l.* 2. §. 4. *h.* Si filiusfamilias & servus peculiares

liares nummos obligant, tunc pater & dominus tenentur, etsi ipsi nec dederint, nec nummi eorum sint: Hoc itidem ex mera æquitate est, unde additur quoque in *d. l. 2. id enim tale esse, quale si voluntate mea tu des pecuniam &c.* Nam prætor propter generalem domini vel patris consensum ex summa æquitate, licet contra juris civilis rationes, actionem adversus eos concedit. vid. *Laut. pag. 261.*

(4) Denique si nummos meos ut tuos, absente te, & ignorante dedero, acquiritur tibi condictio; *l. 9. §. 8. h.* modo scil. postea ratihabeas, *arg. l. 6. §. 9. & 10. ff. Neg. Gest.*

OBJ. Quod nemo possit alii stipulari, aliique obligationem adquirere.

RESP. In pecunia mutua id omnino receptum est ex æquitate; *d. l. 15. l. 34. pr. Mand.* & id ex quotidiana praxi confirmat JCtus in *l. 9. §. 8. h.* Conf. *l. 2. C. Quib. al. lic.*

Qv. VIII. *An ficta traditione verum constituatur mutuum?*

AFFIRM. Idque per omnes species jam probabimus: ita enim (1) si quis pecuniam, quam mihi debet, in conspectu meo positam mutuo recipiat, mihi longa manu tradita, & á me ad te profecta videtur. *l. 79. ff. de Sol.* junct. *l. 1. §. 21. A. P.* (2) Si tertium aliquem jussero tibi suos nummos mutuo dare, fictione brevis manus tradita mihi pecunia, & a me ad debitorem profecta videtur, modo res præsens sit. *l. 1. §. 21. A. P.* (3) per constitutum mutuum contrahitur, si convenerit, ut pecunia, quam penes te deposui, mutua sit. *l. 34. pr. Mand.* Neque hic opus est, ut res præsens sit; nam tota ratio hujus fictionis in eo consistit, quod res semel utriusque consensu *tradita* sit. *§. 44. R. D. l. 3. §. 21. A. P. l. 21. §. 1. l. 9. §. 5. A. R. D. l. 9. §. 9. R. C.* Si jam partes aliam obligationis causam constituunt, non opus est nova traditione, sed ea, quæ semel facta est, cum hac causa conjungitur; indeque, etiamsi res præsens non sit, ea ex nova causa tradita videtur: *arg. l. 35. §. 5. don. l. 7. ff. Novat.*

Neque OBST. *l. 34. pr. Mand.* ubi is, qui pecuniam mandatam penes se habet, non potest teneri ex mutuo, etsi id actum sit.

RESP. Ibi plane non est ficta traditio, nec *longa manus*, quia non in conspectu posita pecunia fuit; *arg. l. 79. de sol.* nec *brevis manus*, quia hæc etiam supponit rem præsentem. *l. 1. §. 21. A. P.* nec *constitutum*, quia res alii antea tradita non fuit, & sic traditio cum nova causa conjungi videri non potest, sed pecunia penes eum est ex causa mandati: Adeoque manet mandatum, nisi accedat novatio. *vid. q. seq.*

Qv. IX. *An mutuum etiam contrahatur, si pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, in causam crediti habere volo?*

Regulariter hoc NEGATUR (1) per textum expressum in *l. 34. pr. Mand.* (2) per rationem ibi allegatam: Nam ideo ex mandato mutuum fieri non posse contenditur, quia alias *dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse.* Idque (3) rationi juris maxime convenit, negotia enim semel constituta nudo consensu tolli & forma eorum mutari pacto nequit. *arg. l. 9. ff. l. 10. C. Neg. gest.* Sed id (4) novatione demum fieri debet.

Secus ergo est, si novatio accessit, & per stipulationem id actum, ut pecunia mandata sit credita; tunc enim ipso jure prior obligatio tollitur. *l. 27. ff. 2. pr. Pact.* §. *3. Inst. Q. m. tol. obl. l. 1. l. 18. ff. Novat.* Atque de tali casu loquitur *l. 15. h.* quæ dictæ *legi 34.* directo contrariari videbatur: Idque (1) exinde probatur, quia ibi supponitur mutuum esse, adeoque supponuntur termini habiles scil. novationem accessisse: Nam quoties dicitur *negotium* contractum, omnia rite & secundum requisita juris gesta videntur; *l. 11. §. f. ff. de correis.* §. *16. I. Inut. stip.* constat autem citra novationem & solo *nudo* pacto ex mandato mutuum fieri non posse, per *text. expr. in d. l. 34. pr.* (2) Innuit hoc ipse textus, dicitur enim *videri mihi datam pecuniam a me ad te profectam*, quasi diceret, sublato priori contractu pecuniam mihi redditam & mediante nova obligatione a me ad te profectam videri.

OBJ. (1) Quod in lege 15. id tanquam singulare recenseatur, quod ex mandato fiat creditum; verb. *Singularia quædam* &c. Si vero id fieret mediante novatione, esset juris ordinarii.

RESP. Singulare ibi est, non quod hoc casu mutuum constituatur, nam & id supponitur, nec de eo quæstio est; sed quod mutuum constituatur, quamvis nummi mei non sint, verb. *quamvis meos nummos non accepit:* hoc enim omnino rationi juris contrarium esse vidimus *q. 7.*

OBJ. (2) Quod si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat. *l. 34. pr. Mand.* Hic ergo negotium depositi nudo consensu mutatur in creditum.

RESP. Ibi est constitutum, adeoque ficta traditio: Cum enim nummi depositi mei, & semel ex causa depositi traditi sint, hæc traditio cum nova voluntate conjungitur, ita ut ego pecuniam ex deposito recepisse & tibi ex nova causa mutui denuo tradidisse videar; Conf *l. 9. §. f. R. C.* quæ tota ratio cessat in pecunia, quam alter ex mandato penes se habet: nam ea pecunia neque mea est, neque unquam mea fuit, adeoque omnis traditio cessat, indeque nec mu-

mutuum contrahi citra novationem poteſt. Atque hanc differentiam brevibus innuit ipſe JCtus in reſponſione quam ad objectionem hanc ſecundam affert, *quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.*

OBJ. (3) Quod ſi a debitore meo juſſero te accipere pecuniam; credita fiat, *d. l. 34. pr.* Adeoque nudo conſenſu mutuum fieri poteſt.

RESP. Alia quæſtio eſt, an mandatum poſſit nudo pacto mutari in mutuum? alia, an mutuum nudo conſenſu contrahi poſſit, ſi tertius meo juſſo meoque nomine tradat nummos: Illud negatur in *d. l. 34. pr.* Hoc affirmatur *d. l. 34.* verſ. *item quod &c.* Ratio diſſimilitudinis hæc eſt, quod priori caſu negotium ſemel conſtitutum nudo conſenſu tolli ac in aliud debitum mutari non poſſit: *d. l. 34.* Quæ difficultas ceſſat in poſteriori caſu; ibi enim negotium ſemel rite conſtitutum non mutatur in aliud, neque debitoris obligatio in aliam transformatur. Sed hoc pacto in ſaltem efficitur, ut inter creditorem & creditum poſcentem contrahatur mutuum, licet creditor non ſuos nummos ſolvat, ſed jubeat tertium nummos dare: Etſi enim hoc quoque rationi juris repugnet, *id tamen benigne receptum eſt d. l. 34.* Conf. *q. 7.*

Atque nova hac interpretatione duo textus, qui plerisque doctoribus, ipſi quoque *Cujacio l. 8. c. 8.* inextricabiles viſi ſunt, ita conciliantur, ut & ratio juris ſalva ſit, nec ulla vis textui inferatur.

QV. X. *An mutuum contrahatur, ſi alius meo nomine & mea voluntate pecuniam det? Ubi de ſenſu L. 9. ff. 8. de Reb. Cred.*

RESP. Contrahi mutuum *L. 2. §. 4. Reb. cred.* Ponamus Titium a me rogare pecuniam mutuam, ego, cum ipſe paratam non habeam, Cajum rogo, ut meo nomine & meo juſſu pecuniam numeret; hoc caſu mutuum valet, & ego condictione ex mutuo ago. *L. 9. ff. 8.* ibi: *nec dubitari, quin, ſi meam pecuniam* tuo *nomine voluntate tua dedero*, tibi *acquiratur obligatio.* Confirmat hanc ſententiam ex quotidiana praxi Julianus in *l. 9. §. 8. ff. de Reb. Cred.*

Cum quotidie creditori pecuniam mutuam ab alio poſcamus, ut noſtro nomine creditor meus & futuro debitori noſtro.

Equidem hæc verba nullum ſenſum prout jacent inferunt, atque hinc Haloandrina pro *meus &*, legit *numeret.* Sed bene notat *Goth. ad d. §. 8.* vocem *creditor* ſenſum æque obſcurum relinquere: Ipſe *Gothofredus* pro *Creditor meus & futuro debitori*, legit, *credamus futuro debitori noſtro* vel *credatur futuro debitori noſtro:* ſed contra fidem omnium exemplarium, neque enim integra verba per errorem inſerta codici Florentino alias accuratiſſimo præſumi debent.

Videa-

Videamus anne nova et leviſſima correctione ſenſum legis reſtituere valeamus: Quid ſi enim ita legamus:

Cum quotidie credituri (ita enim corpus juris gloſſatum habet, non ergo legi debet *creditori*) *pecuniam mutuam ab alio poſcamus, ut noſtro nomine creditor meus det* (non *&*) *futuro debitori noſtro.*

Atque hæc ratio jam (1) convenit accurate ſententiæ Juliani quam ante propoſuit: (2) Senſus clarus ita eſt citra deletionem vocis: (3) Et quid facilius contingere poteſt, quam ut pro *u* ſcribatur *o* & pro *credituri* ponatur *creditori*. Quin non raro id contingere, ut in exemplo Florentino u & o convertantur, jam olim monuit Fomerius. *vid. Pagenſt. Coll. 7. libr. bene dictor. p. m. 115.* Sed & facillime omitti illud *d.* & pro *det* ſcribi potuit *&*: Adeoque cum (4) correctio juxta omnium Dd. calculum hic neceſſaria ſit, ea potius eligenda, quæ omnium maxime probabilis, quæ omnium minime voces mutat, & denique, quæ ſenſum extra omne dubium ponit. Nam (5) hoc ipſum dubitatum fuit, an verum ſit mutuum, ſi alius meo nomine & mea voluntate *det* pecuniam. Vide ſupra *q. 7.*

Qv. XI. *Si is, qui alienare nequit, tradit pecuniam mutuo, & accipiens eam conſumit, an mutuum convaleſcat?*

Laut. pag. 167. verb. Si vero conſumti ſint &c.

NEGATUR. (1) quia negotium ab initio nullum eſt, adeoque ex poſtfacto convaleſcere nequit. (2) Hoc caſu condictio ignoranti quoque & furioſo datur, *l. 24. pr. O. A. l. 12. ff. de Reb. Cred.* quod falſum eſſet, ſi mutuum contraheretur *L. 32. ff. h.* (3) Quia condictio ex mutuo, qua petitur rem dari oportere, non datur niſi contra eum, qui dominus numeratione factus eſt. *L. 14. l. 18. pr. h.* At accipiens hic non fit dominus numeratione, ſed conſumtione. (4) Neque mutuum eſt cum contrahitur, quia res non tranſiit; *l. 2. ſ. 2. h. pr. Inſt. Quib. al. lic. l. 11. §. ſ. h.* neque cum conſumitur, quia tum non contrahitur, conſumtio enim eſt actus unius.

Adeoque re exſtante vel mala fide conſumta vindicatio aut ad exhibendum actio datur, quia dolus pro poſſeſſione eſt. *d. §. 2. d. l. 11.* Sed bona fide conſumta cum utraque actio ceſſet, datur condictio; *d. l. 24. d. §. 2. d. l. 11. l. 12. l. 19. ff. h.* At non ex mutuo, verum ſine cauſa, quia cauſa mutui non valet.

OBJ. (1) Quod ſi quis alienos nummos mutuo dederit, non condicat niſi poteſt conſumtionem: *L. 11. in ſ. l. 12. in ſ. l. 13. pr. h. l. 15. de Reb. dub. Laut. pag. 168. in pr.* Ergo per conſumtionem convaleſcit mutuum.

RESP. Imo in omnibus illis textibus tantum dicitur, quod condictio detur, at ea non eſt ex mutuo, verum ſine cauſa, nam etiam in hac ſpecie valet

valet illa regula, quod illud, quod ab initio nullum est, ex postfacto convalescere non possit.

Obj. (2) Omnes illi textus, ubi minori, furioso, &c. mutuum dantibus condictio datur.

Resp. Non ex mutuo, sed sine causa.

Atque ita quoque sentit *Struv. h. §. 16. ibique Scotan, & Giph.*

Dissentit *Laut. pag. 167. lit. s.*

Qv. XII. *An luxuriosus adolescens mutuum contrahere possit?*

Neg. Si minor est, quia tum non obligatur, propter regulam *leg 5 3. C. in integr. rest.* Si major contraxit, valet, donec declaretur prodigus; *l. 12. §. 11. Mand. l. 24. §. 4. Min.* nisi pactum turpe sit. *dd. ll.*

Laut. pag. 167. verb. *de luxurioso adolescente &c.*

Qv. XIII. *An procurator mutuum accipiens ipse inde obligetur?*

Affirm. Si mutuum rogans verbis in suam personam conceptis utatur: Nam ut in aliis negotiis, ita hic quoque procurator *vel* verbis in suam personam conceptis uti potest, v. gr. ego mutuo a te rogo 100. quo casu directa actio contra procuratorem datur, licet addiderit, se in Titii commodum mutuo rogare. *arg. l. 13. §. 25. act. Emt.* *Vel* etiam potest alienis verbis aliaque lingua uti, v. gr. Titius rogat a te 100. mutua, & pollicetur se ea restituturum; tunc enim procurator instar nuntii, nudumque instrumentum est, quod in omnibus actibus corporalibus, adeoque & in solutione intervenire potest. Neque ille contrahit, sed Titius, utpote qui hujus procuratoris lingua & voce utitur. Hoc ergo casu procurator nulla ratione obligatur. *l. 9. §. 8. h.*

Laut. pag. 167. verb. *Procurator mutuum accipiens &c.*

Et sic non obstat *l. 6. §. 1. de N. G.* ubi dicitur, quod hoc casu cum procuratore nulla sit actio.

Resp. Quia ibi omnia contemplatione domini, & ex ejus jussu sunt gesta, ibi ergo gestor est nudum instrumentum.

Qv. XIV. *Quidnam sint res fungibiles?*

Resp. Res fungibiles sunt, quarum ea natura est, ut quantitas & valor totius, non partium, spectetur; adeoque quarum una pars tantundem valet, quantum altera, unde etiam fungibiles dicuntur, quod mutua fungantur vice, sive quod quantitas fungatur vice illius speciei:

Laut. ibid. in fin. verb. *Fungibiles sunt &c.*

Duo autem requiruntur, ut res dicatur fungibilis. (1) Ut usus rei in consumtione consistat, si enim ea non consumeretur, res ipsa posset & deberet resti-

restitui, indeque commodatum. *l. 2. §. 1. h.* (2) Ut partes æqualem habeant valorem, vel saltem non notabiliter differant; alias enim non posset ex sola quantitate res cum alia comparari, sed revera aliud pro alio solveretur: *Vinn. §. 3. Inst. Quib. mod. re &c.* Hoc discrimen partium si notabile sit, potest aliquando vel usu, vel consensu contrahentium pro non notabili haberi; ut si piscis, ovis, caro, detur, cum lege, ut tantundem restituatur; non curatur differentia, etsi notabilis: At tum id fit non natura, sed consensu partium, qui ad pondus vel numerum commutare volunt, ut in *l. 35 §. 6. Contrah. Emt.* nam negligere possunt illam inæqualitatem, & consensu statuere ut pro æquis sint; Neque tunc erit mutuum. *vid q. seq.*

Tales autem res sunt, quæ pondere, numero, & mensura constant. *Pondere* dicuntur constare res duræ, quæ ad mensuræ terminos flecti non possunt. In *mensura* consistunt liquidæ, hæ mensuræ superficiem omnem implere possunt, secus in duris, quæ proinde ex mensura æstimari non possunt at pondere possunt, cum proprio termino contineantur, indeque alia re juncta de quantitate ejus constabit: Sunt tamen res quædam mediæ, quæ utroque modo æstimari possunt; ita enim butyrum & pondere & mensura æstimari potest; ita frumenti partes adeo minutæ sunt, ut omnes partes mensuræ impleant, & tamen proprio quoque termino continentur: In *numero* dicitur consistere res, cum singulæ species certam & æqualem habent quantitatem, ut tantum numeratione opus sit.

Qv. XV. *An piscis, caro, &c. sit res fungibilis?*

Laut. pag. 168. verb. v. g. nummi, panis &c.

NEG. Quia singulæ partes inæquales prorsus æstimatione sunt, neque branchæ, ossa, cæteraque piscium inutilia, ut intestina, &c. ejusdem cum ipsa carne valoris sunt. Indeque nulla esset functio, si quis pro libra carnis redderet libram brancharum, ossium, &c. Secus in frumento, licet enim granum grano sit majus, non tamen est notabilis differentia.

OBJ. Hirtium 6000. murænarum appendisse Cæsari mutuo, *Plin. Hist. l. 9. c. 55. Varr. de re rust. l. 3. c. ult.* noluit enim pro alia re vel merce dare: *Macrob. sat. 3. c. 15.*

RESP. Hoc non inde est, quasi in piscibus functio esset, sed consensu hæc ita fiunt, partes enim inæqualem partium æstimationem remittere possunt. Eodem modo, quo etiam grex ad numerum dari potest, ut idem numerus restituatur. *L. 35. §. 6. Contr. emt.* Neque tamen tunc erit mutuum, sed contractus innominatus do ut des, quia revera aliam rem, quæ quantitate & æstimatione eadem non est, recipit.

DISSENTIT *Laut. h. t.* Conf. *q. præced.*

Qv. XVI.

Qu. XVI. *An in eadem specie restitui possit mutuum?*

AFFIRM. Quia debitor tum quoque in eodem genere restituit, (species enim sub genere quoque continetur) & insuper etiam in specie, indeque plus præstat. Hoc ergo est ex accidenti, at ab initio ita contrahi non potest, ut debitor eandem speciem restituat: Equidem hodie vi pacti id fieri posse ait *Stryk. h. t. §. 11.* Ast vix putarem tunc esse mutuum, sed vel depositum, vel commodatum.

Laut. ibid. verb. *potest tamen debitor &c.*

Atque hanc opinionem defendunt *Vinn. pr. Inst. Quib. mod. Re cont. Treutl. h. t. §. 1. tit. 9.* ubi varie dissentiunt Dd. ut & *Azo* apud *Vinn. d. l.*

Atqui ita non differret a commodato.

RESP. Imo hic tenetur in eadem specie restituere, secus in mutuo: si ergo speciem hic restituit, hoc non est vi obligationis, quid, quod hoc ipso, dum debitor eandem speciem restituit, in eodem genere eam reddat.

NOT. Si vero debitor promiserit, se aliam ejusdem generis speciem restiturum, non liberatur reddita eadem specie. Vide *Laut. p. 168. ibique Carpz. l. 5. Resp. 8. n. 3. 10.*

Qu. XVII. *An valeat pactum, ut plus restituatur quam mutuo datum est?*

NEG. Quia pacta adjecta mutuo, tanquam negotio stricti juris non producunt obligationem, supra *tit. de Pact. q. 20.* Neque enim poterit dici donatio, quia hæc non præsumitur; Neque jure usuræ valet, quia usuræ non debentur ex pacto stricti juris negotio adjecto.

Atque hanc sententiam praxi receptam, tribusque præjudiciis firmatam, refert *Phil. Us. pr. Inst. l. 3. Ecl. 38. n. 4. seq.* Admodum dissentit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 8.* Quæ obstant jam exposuimus *dict. q. 20.*

Qu. XVIII. *An literarum obligatio oriatur ex præsumto mutuo?*

NEGATUR: Etsi enim *Bachovius* in allegatis ab Autore locis acriter contrariam sententiam defendat, indeque hanc literarum obligationem proprium contractum esse neget, non tamen video, qua ratione sententia illa defendi possit: Error exinde natus videtur, quod *Bachovius* non distinguat inter *promissionem* & ejus *causam:* Literarum enim obligatio est, quando quis spe accipiendæ pecuniæ literis promittit se tantundem restituturum; In hoc negotio duo occurrunt (1) illa *promissio literalis*, hæc promissio non potest dici mutuum, quia pecunia tradita non est: (2) *Causa obligationis*, quæ est spes accipiendi pecuniam, sive spes mutui: Nam ea natura est cautionis, ut nullum effectum ha-

habeat, nisi causa quædam præcedat, pro qua cautio interponatur; *l. 2. §. 3. dol. mal. Exc.* hæc vero literalis promissio est cautio. *l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. l. 5. C. Non num. pec.* Eodem modo uti in stipulatione quoque aliud est ipsa verborum obligatio, aliud ejus causa, quæ varia esse potest. Conf. *l. 2. §. 3. dol. mal. Exc.*

Ex his ergo apparet literarum obligationem oriri ex solis literis, non vero ex mutuo, quod tantum causa est obligationis, nec tamen sola, sed & alia causa intervenire præter mutuum potest. Vid. *Laut. p. 169.*

OBJ. (1) *L. 1. ff. O. A.* Ubi tres tantum species contractuum nominatorum referuntur, qui vel *re* vel *verbis* vel *consensu* fiunt: Unde putat *Bachovius* literalem sub reali contineri: Sed male; Magis enim sub verbali continetur, (1) quia verborum obligatio dicitur vel verbis vel scriptura contrahi. *l. 38. ff. O. A.* (2) Quia exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ literarum obligationi tribuitur in *§. un. Inst. de lit. obl.* æque obtinet in verborum quoque obligatione. *§. 2. Inst. Except.*

Et hoc sensu admitti potest, quod *Laut. p. 169. h. t.* ait, fundamentum hujus actionis esse ex consensu literis declarato, numerationem vero esse fundamentum executionis, vel, uti *p. 169.* id explicat, causam impulsivam *promissionis* literalis.

Qv. XIX. *An in solo contractu chirographario qui ex literis obligari possit?*

RESP. Ita putat *Lauterbachius h. p. 168. in f.* indeque statuit, si literis promittantur decem, esse nudum pactum scriptura probationis gratia comprehensum: At verius est, uti ex stipulatu, ita ex literis semper oriri obligationem, quoties quis animo scriptura se obligandi scribit, adeoque quoties animus scriptis se obligandi & cavendi adest: Idque (1) ita traditur in *l. 38. ff. de obl. & Act.* ibi: *quatenus placuit non minus valere quod scriptura quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* Probatur id quoque (2) *arg. §. un. Inst. lit. obl.* ibi: *sic fit, ut & hodie dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio cessante verborum obligatione.* Patet ex his inter absentes quoque & citra verborum obligationem ex sola scriptura aliquem obligari, indeque condictionem dari ex literarum obligatione: Atque ita (3) in emtione scripta obligatio oritur ex scriptura, si hoc actum sit. *pr. Inst. Emt. vend. l. 17. C. fid. Instr.* Addatur (4) *l. 14. pr. & l. 1. C. non num. pec. l. 2. §. 3. in f. de dol. mal. exc.*

Qv. XX.

Qv. XX. *An literarum obligatio tantum ex causa mutui, an etiam ex aliis causis oriatur?*

Decisa jam res est in quæstione præcedenti, ubi asserui, quod ex scriptura æque ac ex verbis valida oriatur obligatio, quoties animus est in scriptis se obligandi, sive negotium illud sit mutuum, sive emtio venditio &c.

Laut. pag. 169. verb. formale non tantum ex causa mutui &c.

Obj. *L. 5. C. de non num. pec.* verb. *non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur:* Idem dicitur in *§ 2. Inst. de Except.*

Resp. (1) Mutuum ibi exempli gratia poni, quia crebrius exceptio non numeratæ pecuniæ ibi usu venit, aliæ tamen causæ eo non excluduntur. Etsi vero (2) vera quoque esset regula, exceptionem non numeratæ pecuniæ locum tantum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, non tamen inde sequitur literarum obligationem tantum oriri ex causa mutui, quia latius patet literarum obligatio quam exceptio non numeratæ pecuniæ, utpote quæ non in omni literali obligatione obtinet, sed tantum si traditio intervenit. Atque hinc emtio, transactio, &c. in scriptis fieri potest, & ex scriptura partes obligantur, eaque erit literalis obligatio, neque tamen inde dabitur exceptio non numeratæ pecuniæ. *L. 6. l. 11. C. Eod.* Conf. *q. 23.*

Qv. XXI. *An ille, qui pecuniam se accepisse fatetur, obligetur ante biennium?*

Affirm. *arg. l. 3. C. de non num. pec.* verb. *conveniri cœperit &c.* At obligatio illa est mere civilis, quæ per exceptionem intra biennium elidi potest: Et de hac exceptione loquitur *§. un. Inst. de lit. obl.* Ut proinde cum effectu obligatio non incipiat nisi post biennium. *arg. d. §. Un.*

Laut. pag. 169. verb. Effectus primus est obligatio ante biennium &c.

Qv. XXII. *In quonam consistat æquitas querelæ sive exceptionis non numeratæ pecuniæ?*

Resp. In duobus: (1) Quod præsumtio sit contra actorem *tum* propter avaritiam creditorum, *tum* propter indigentiam debitorum: Creditor enim qui pecuniam in potestate habet, non præsumitur, nec solet ante solvere nisi prius cautio scribatur; quis enim creditor solvet pecuniam nisi de ejus restitutione plene ipsi cautum sit; & debitor indigentia pecuniæ coactus facile quævis avari creditoris conditiones admittit, & ab eo desideratam cautionem ante numerationem emittit: Si ergo debitor fatetur numeratam esse pecuniam, suspecta fit illa confessio, quippe quæ spe numerandi ab indigente debitore avaro creditori facta est. Et cum (2) debitor negans pecuniam sibi numeratam esse, hanc

Laut. pag. 169. verb. Ob summam æquitatem &c.

hanc negativam regulariter probare debeat, *B. Par. Disp. de Direct. prob. Neg. Cap. 4. per tot.* altera æquitas in eo consistit, quod debitor vi hujus præsumtionis liberetur a difficillima (*Vid. l. 10. C. de non num. pec.*) negativæ probatione: Adeoque hic non statur confessioni rei, secus ac in aliis negotiis.

Unde apparet eandem æquitatem hodieque adhuc militare, indeque exceptionem non numeratæ pecuniæ usu fori etiam contra instrumentum guarentigiatum & in processu executivo locum habere. *Laut. pag. 170. in med. ibique Carpz. l. 3. Resp. 89. & part. 1. const. 32. def. 65.* Et sane pestis est jurisprudentiæ nostræ asserere exceptionem illam ideo, quod in jure Germanico non reperiatur, in foris Germaniæ non obtinere, uti asseruit *Schilt. Exerc. 22. §. 9. & seq.*

Qv. XXIII. *An exceptio non numeratæ pecuniæ etiam in aliis causis, præter mutuum, locum habeat?*

Laut. pag. 169. in fin. verb. regulariter omnibus.

Affirm. Obtinet enim in omnibus negotiis, quibus quis traditione obligatur ad restituendum; nam in his omnibus militat eadem æquitatis ratio; *l. 15. C. h. t. & l. 1. C. si pign. conv.* quia spe accipiendi videtur scripsisse, unde & in pignore, dote, &c. eadem ratio obtinet. Vid. *Laut. p. 170.*

Obj. *L. 5. C. de non num. pec.*

Resp. Ei jam satisfactum est supra *q. 20.*

Aliud autem est in omnibus illis negotiis, ubi non est traditio, nec spes accipiendæ rei vel pecuniæ: Uti (1) in casu *l. 13. C. non num. pec.* ubi reus fatetur se ex præcedenti causa accepisse pecuniam, & cavet literis se illam restiturum; hic cessant omnes præsumtiones in præcedenti quæstione allegatæ. (2) In *l. 11. C. Eod.* ubi quis spondet se ob transactum præcedens 100. soluturum, ille ideo conventus non potest se defendere exceptione non numeratæ pecuniæ, quia non spe ejus accipiendæ cavit, sed propter pecuniam jam acceptam. (3) In *l. 1. C. Cond. ob turp.* ubi non opponit reus exceptionem non numeratæ pecuniæ, sed excipit de turpi causa. (4) In *l. 6. C. de non num.* Ubi quis alterius obligationem in se suscipit, tunc enim non sperat solutionem, nec potest dici ea intentione ipsum scripsisse, cum ultro delegari se passus fuerit.

Dissentit *Goth. ad l. 6. C. de non num. pec. Huber. Præl. ad Inst. Lit. Obl. n. 1. in fin. &c.*

Bene hic observat *Illustris Bergerus*, quod quoties causa obligationis literalis est mutuum, toties in ea obligatione jura mutuo propria obtineant, uti exceptio versionis in rem, si civitas pecuniam creditam acceperit; Senatus Consulti Macedoniani, si filiusfamilias, &c. *Berger. resol. h. t. q. 1. in fin.*

Qv. XXIV.

Qv. XXIV. *An etiam inter mercatores detur exceptio non numeratæ pecuniæ?*

AFFIRM. Quia eadem, quin major hic ratio eſt, utpote cum potiſſimum inter mercatores id agatur. *Laut. p. 170. ibique Dd.* Licet in Saxonia id non obtineat, de qua loquuntur *Berlichius & Carpzovius* ab Autore tanquam diſſentientes allegati: *Martini in proc. Sax. tit. 39. §. 1. n. 210.* exceptionem hanc ceſſare ait, ſi uterque eſt mercator. Pro utraque ſententia autores late collegit *Müller. ad Struv. h. th. 47. lit. E.*

Laut. pag. 170. verb. Etiam inter mercatores.

OBJ. Quod hæc exceptio ſit de apicibus juris, qui in cauſis mercatorum non obſervantur.

RESP. Imo eſt ſummæ æquitatis, uti id ſupr. *q. 16.* plenius demonſtravi Quid vero in cambiis juris ſit, quæſtione ſequenti demonſtrabitur.

Qv. XXV. *An exceptio non numeratæ pecuniæ etiam in cambiis locum habeat?*

AFFIRM. Quoad literas cambiales, die jemand auf ſich ſelbſt ausgeſtellet hat. v. g. Auf dieſen meinen Sola-Wechſel-Brieff zahle ich an N. N. oder deſſen Ordre die Summa von 1000. Thlr. Valuta habe wohl empfangen, thue gute Zahlung, alles nach Wechſel Styl ꝛc.

Laut. pag. 170. verb. Etiam cambiis.

Hic eadem ratio eſt, quæ in mutuo, hujusmodi enim literæ, teſte experientia, ab indigente debitore ſcribi ſolent, qui inopia ductus, & ſpe accipiendæ pecuniæ, facile fatetur ſe accepiſſe valutam; Neque creditor avarus ſolet pecuniam ſolvere, antequam literæ illæ ſcriptæ, eoque modo ipſi cautum ſit.

At aliud videtur in literis cambialibus, die auf einen Dritten gerichtet ſeyn. Ponamus enim *Cajum* mercatorem *Sejo* dare literas combiales a *Mevio* ſolvendas, eisque inſeruiſſe clauſulam, ſibi a Sejo numeratam eſſe pecuniam: v. g. In bevorſtehender Franckfurter Meſſe beliebe der Herr dieſen meinen Sola-Wechſel-Brieff von 1500. Thlr. an Herrn Sejum zu bezahlen, den Werth hiervon bin ich baar vergnügt, thue gute Zahlung und ſtellets a Conto.

Hoc caſu neque Cajus, qui & remittens, & gemanice der Wechſelgeber, vocatur, neque Mevius, ſive acceptans, qui pecuniam, quæ tratta vocatur, ſolvere debet, præſentanti opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ poſſunt.

Non ILLE, quia (1) ceſſat indigentia, utpote cum creditor ſit, nec ulla neceſſitate ducatur fatendi ſe a debitore accepiſſe pecuniam, quam non accepit; nam indigentia hic potius eſt in eo, qui alio in loco pecunia indiget, quippe

pe non dat leges campsori, sed ab hoc accipit: Accedit (2) quod, si pecunia soluta nondum est a Sejo, non debuisset id fateri, cum in ipsius arbitrio sit omittere illam clausulam, adeoque præsumtio hic contra scribentem militat; Insuper id requirit (3) favor commerciorum, quia hoc modo infinitæ ex cambiis remoræ & lites orirentur: Unde (4) Plurimi Dd. tantum intra 30. dies campsori hanc exceptionem concedunt. *Turri Disp. 2. q. 16. in fin. vers. quarta conclus.* Quod, si ex theoria juris civilis res decidenda esset, facile concedimus.

Neque HIC: (1) quia institor ille non speravit numerationem, adeoque eam non factam esse opponere nequit. (2) Quia institor non tenetur ex confessione, sed sua acceptione: Neque (3) illa indigentia, quæ sola causa est hujus exceptionis, in institore locum invenire potest: Accedit (4) favor commerciorum, qui exceptiones altioris indaginis non admittit.

Moribus in omnibus cambiis cessare exceptionem non numeratæ pecuniæ, etiam ea, quæ intra 30. dies opponitur, testantur *Carpz. Disp. de Camb. th. 39. Idem in Jurispr. for. p. 1. c. 32. d. 69. & 70. & l. 2. Resp. 92. Marq. de Jure Merc. l. 3. c. 11. n. 48. Mart. proc. t. 39. §. 1. n. 210.* quam sententiam Lipsienses, Argentoratenses, & Colonienses in responsis apud *Joh. Mart. Vogt. de Cambiis th. 7.* approbarunt. *Coler. Proc. Ex. p. 4. c. 1. n. 109. Berl. p. 2. dec. 294.* Atque ita in edicto cambiali Berolinensi, Magdeburgico, Halberstadiensi, & Borrussico expresse dicitur, nullas exceptiones, neque dilatorias neque peremptorias contra cambium admittendas, sed in reconventionis processu peragendas esse: Rationes utilitatis, plurimasque autoritates exhibet *Müller. ad Struv. h. th. 52. lit. b.*

Qv. XXVI. *An exceptio hæc etiam opponi possit instrumento quod paratam habet executionem?*

Laut. p. 180. verb. *Licet instrumentum intervenerit &c.*

AFFIRM. Nam alias vix ullum usum haberet exceptio non numeratæ pecuniæ, inprimis in Saxonia, ubi omne instrumentum liquidum habet paratam executionem. *Laut. pag. 429.* Accedit quod eadem hic sit præsumtio contra actorem, ejusque avaritiam; Atque ita statuunt *Carpz. part. 1. c. 32. d. 65. n. 1. & 2. H. Pist. part. 4. q. 12. n. 7. Berl. part. 1. concl. 84. q. n. 16. Struv. h. th. 52. ibique Dd. & Müller. lit. α.*

Qv. XXVII. *An locum habeat hæc exceptio, si promissio jurata intervenerit?*

Laut. ibid. verb. *aut juramentum accesserit &c.*

Casus hic esto: Debitor spe accipiendæ pecuniæ scribit cautionem & promittit se restituturum pecuniam, So wahr ihm GOtt helffen solle: Quæritur, an allegare debitor possit, sibi non esse numeratam pecuniam?

AFFIR-

AFFIRMATUR propter *l. f. C. h.* ibi: *indubitati juris est exceptionem non numeratæ pecuniæ locum habere & in cautionibus, quæ etiam Sacramenti habent mentionem: quæ enim differentia est in hujusmodi exceptione, sive jusjurandum positum est, sive non, tam in fœneratitiis cautionibus quam in aliis instrumentis, quæ talem exceptionem recipiunt.* nam (1) juramento huic inest conditio si acceperit &c. *Brunn. d. l. f.* Sed & (2) alibi quoque dispositum est, pactiones ex falsis causis initas, etsi juramentum super iis interpositum sit, retractari posse. *L. p. C. de transact.*

Quid si debitor jurato asserat sibi numeratam esse pecuniam? Equidem *Brunn. d. l. f. n. 4. & 8.* putat cessare exceptionem non numeratæ pecuniæ; quia si negaret solutionem, propriam turpitudinem allegaret: Verum cum nec jurata renunciatio excludat hanc exceptionem. Vid. *q. fin.* nedum jurata assertio eam impediet.

Idque ita moribus quoque obtinere, quotidiana docet observantia, vide *Barbos. ad d. l. f. Brunn. ibid. Christ. vol. 3. dec. 37. H. Pist. l. 4. q. 12. n. 2. Müller ad Struv. Ex. 16. th. 53. lit. n.* ubi pluribus rationibus hanc sententiam firmat. Neque jus canonicum adversatur, nam licet per *c. 6. de jurej. in 6.* omnia juramenta sint servanda, quæ sine dispendio animæ servari possunt, non tamen contra ea excluduntur remedia juris, ne sint vincula iniquitatis.

Qv. XXVIII. *An creditor numerationem probare debeat?*

AFFIRM. *L. 3.* ibi: *compellitur probare pecuniam tibi esse numeratam C. h. t. l. 10. in f. C. Eod.*

Laut. p. 170. verb. Adversarius numerationem probare debet.

Atqui probat ex confessione debitoris, quæ omnium est certissima, & probatio probata dicitur.

RESP. Tot sunt præsumtiones in contrarium, quæ onus probandi transferunt in creditorem, scil. avaritia creditoris, & necessitas debitoris; ut & consuetudo confitendi debitum, scribendique cautionem ante numerationem: De quibus plenius egi *supra q. 22.*

Qv. XXIX. *An audiatur debitor post biennium, si in continenti probare velit numerationem non esse factam?*

Laut. pag. 171. verb. Debitor tamen auditur &c.

RESP. Si ex rigore juris res decidenda esset, negari deberet quæstio; Quia leges generaliter loquuntur, & querelam hanc elapso biennio moveri non posse absque restrictione statuunt. *L. 8. l. 10. l. 14. pr.* ibi: *ut eo lapso nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit. C. h. t.* Inprimis quia præscriptio biennii in favorem creditorum, qui accepere chirographum, introducta est,

arg. §. *un.* ibi: *sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari. Inst. de liter. obl.* Neque iniquum est confessum post silentium totius biennii hanc beneficii contemni, & sic negligentiæ suæ pœnam luere: quæ plenius exponit *Dn. Berger in resol. ad h. t. q. 3.*

At praxis ita interpretatur strictam & rigorosam juris rationem, ut non videatur, exclusisse jura communia, adeo ut etiam post biennium creditori exceptio doli opponi possit. *L. 3. C. h. t. l. 5. ſ. f. Dol. mal. exc.* Quæ interpretatio usualis pro lege est in ambiguis. *L. 37. ff. de Legib.* Atque de hac praxi testatur *Laut. pag. 171.* Dd. apud *Dn. Berger. h. t. in fin.* & infiniti alii apud *Müll. ad Struv. Ex. 16. th. 50. lit. β.*

Bene autem NOTANDUM, quod debitor quidem audiatur exceptione sua doli, sed ea pertinet ad reconventionem, neque impedit executionem. *Carpz. p. 1. c. 32. def. 66.* Sed & ordinario modo probare, sibi solutam non esse pecuniam, debet: nam juramenti delatio post biennium locum non habet. *L. 14. ſ. 3. C. h.* ibique *Brunn.*

QV. XXX. *An cesset querela hæc, si debitor ei in specie renunciat?*

Laut. pag. 163. verb. *Renunciatio ex intervallo &c.*

NEGATUR. Quia eadem facilitate qua cautio scribitur, eadem facilitate renunciatur huic beneficio: Accedunt itidem præsumtiones contra creditorem, qui non solet solvere pecuniam nisi scripta cautione cum omnibus suis clausulis; Neque debitor necessitate ductus detrectabit durissimas quasque subscribere conditiones spe accipiendæ pecuniæ. Et quotidie id ita fieri videmus. *Laut. p. 172. in pr. Carpz. p. 1. c. 32. def. 65. n. 4.*

Idque verum est, etsi renunciatio jurato fiat: eadem enim ratione, qua debitor ad dandum chirographum inducitur, ex eadem quoque renunciatio profluit: negare enim nequit, debitorem indigentem durissimas quasque conditiones subscribere solere spe accipiendæ pecuniæ, & cum cautionem scribere soleant ante numerationem, etiam ante numerationem juramentum cautioni insertum scribere solent; idque ita tradunt *Stryk. C. C. S. 2. c. 7. §. 11. Lud. Comp. ad ff. Reb. Cred. §. 21. Struv. h. §. 53.*

DISSENTIUNT *Carpz. p. 1. c. 32. def. 65. H. Pist. p. 4. q. 12. n. 6. & longa serie Doctores apud Müll. ad Struv. h. t. th. 53. lit. q. & Mart. proc. tit. 39. §. 1. n. 208. ibique Dd.* qui ajunt debitorem allegantem se non accepisse pecuniam, perjurum esse, indeque non credi debere propriam turpitudinem alleganti: Nec aliud remedium superesse debitori, quam ut suscipiat probationem doli, nimirum dolo se inductum ad renunciandum & jurandum, seque id fecisse spe accipiendæ pecuniæ: Vid. *Fach. l. 2. contr. 82.*

At cum præsumtio juris militet pro debitore, effectus ejus hic est, ut trans-

transferat onus probandi in creditorem: adeo ut nec opus ſit relaxatione juramenti, quam *Stryk. & Ludov. dd. ll.* debitori ſuppeditant: nam jura, quæ exceptionem hanc non numeratæ pecuniæ debitori contra propriam confeſſionem concedunt, implicite relaxare videntur.

Exc. I. Si ex intervallo renunciet (1) *arg. l. 11. & l. 13. C. h.* Ubi ceſſat exceptio, ſi quis ex præcedenti cauſa ſtipuletur; at, qui renunciat exceptioni non numeratæ pecuniæ ex intervallo, hoc ipſo fatetur ſe ex præcedenti cauſa debere. (2) *arg. l. 4. C. Eod.* Ubi is, qui fidem cautionis agnoſcit, quod fit, dum vel partem jam ſolvit, *d. l. 4.* vel denuo huic exceptioni renunciat, exceptione hac non utitur. Accedit (3) quod ſi nondum accepiſſet pecuniam ex chirographo confeſſam, ſuſpectus merito ipſi debuiſſet eſſe creditor, ſi exegiſſet renunciationem hujus exceptionis non præſente pecunia. Et cum (4) ſciens, unicum id beneficium ſibi ſupereſſe, ei renunciat, non auxilio, ſed pœna dignus eſt, cum juris beneficia aſpernantibus dari non debeant. Vid. *Laut. pag. 172. ibique Dd.*

Si tamen reus probare velit ſibi ſolutum non eſſe, admittitur, nam tunc utitur jure communi, ſcil. exceptione doli, cui non renunciavit, & ſic ceſſant allegatæ rationes: Modo hæc probatio in continenti fieri poſſit, i. e. per juramenti delationem, *Stryk. U. M. h. §. 15.* Si ſcil. intra biennium deferatur, nam elapſo biennio juramentum deferri ſuper hac exceptione non poſſe egregiis rationibus evincit *Dn. Brunn. ad l. 14. §. 3. C. h.*

II. Multo magis ceſſat exceptio non numeratæ pecuniæ, ſi renunciatio ex intervallo repetita jurato fiat, tunc enim a ſanæ mentis homine præſumi non poteſt, eum iterato & jurato renunciaturum, ſi pecunia vere numerata non eſt. Et indignus videtur beneficiis juris, qui illis temerarie nimium renunciat. *Brunn. ad l. 4. C. Non num. pec. n. 4. ibique late Dd.*

An vero debitor ex intervallo & jurato renuncians contrarium probaturus auditur?

Affirm. Quia dolum probare poteſt, nec exceptioni doli renunciavit: Caſus in ſupremo Tribunali olim propoſitus fuit, ubi Judæus homini ſimplici perſuaſit, ut ei literas cambiales daret, ſimulque ſpem fecit, ſe ei procuraturum ſummam 6000. thalerorum. Aliquot diebus elapſis, idem Judæus ait ſe inveniſſe quendam, qui paratus eſſet fide harum literarum cambialium pecuniam ſolvere, modo debitor prius jurato renunciaret exceptioni non numeratæ pecuniæ: Imprudens debitor ſpe accipiendæ pecuniæ renunciat jurato: Sed cum non ſequeretur numeratio, deceptus debitor in continenti judicialiter declarat, ſibi numeratam pecuniam non eſſe: Idque tot circumſtantiis ſimul inſtruxit, ut dubium vix supereſſet, pecuniam numeratam non eſſe, &c. Sane

tali casu dura res foret, si creditor, qui testibus vel alias convinci posset, malitiæ & doli suæ præmium ferret, atque ideo in supremo Tribunali debitor ad probationem doli admissus est causa des Juden Maintz contra den von Villerbek. A. 1721.

LIB. XII. TIT. II.

DE JUREJURANDO, SIVE VOLUNTARIO SIVE NECESSARIO SIVE JUDICIALI.

Qv. I. *Quidnam sit Jusjurandum?*

Laut. pag 172. verb. Jusjurandum est religiosa &c.

RESP. Definitur in genere, quod sit affirmatio religiosa. *Cic. l. 3. off. c. 29.* Nam quoties vel aliquid promitto, vel assero, adjecta mentione rei mihi sacræ, sanctæ, vel religiosæ, & cujus metu a violatione fidei vel veritatis deterreri possum, toties dicitur juramentum: Atque hoc æque per Deum ac per creaturas fieri potest, uti id probatur ex omnibus illis textibus, in quibus distinguitur, an per Deum an per genium Principis &c. juratum sit. *L. 2. C. R. C. l. 3. §. f. l. 13. §. f. l. 33. h. t.* Nam & Deus nobis religione sacer est, & aliæ quoque res, ut parentes & Principes nobis sacræ esse possunt.

OBJ. Quod omnes fere moratiores Gentes definiant juramentum; *affirmationem religiosam Deo teste adhibitam. Arist. Rhet. ad Alex. c. 18. Cic. l. 3. off. c. 29.* Unde & jusjurandum quasi Jovis jurandum dictum esse putant. *Leiser in disp. de Juram.*

RESP. (1) Loquuntur de eo, quod plerumque fit, plerumque autem per Deum, utpote per rem summe religiosam juramenta fieri solent: (2) Imo Cicero simpliciter definit: *Est enim jusjurandum affirmatio religiosa*, & tunc inde concludit, *quod autem affirmate quasi Deo teste promiseris, id tenendum est.* Nam de justitia juramenti a Regulo & teste Deo præstiti sermonem facit; (3) Loquuntur de juramentis judicialibus, & ab invitis, atque ad partis adversæ requisitionem præstandis, qui ut vel veritatem expiscari possint, vel securitatem sibi procurare, rem religiosissimam, adeoque Deum, adhibere solent.

Formulæ jurisjurandi fere infinitæ apud gentes occurrunt, & omnes in eo conveniunt, quod mentionem faciant rei nobis sacræ, sanctæ, vel religiosæ; cujus metu deterremur a violatione promissionis vel veritatis; nam imprecamur nobis aliquid mali in casum violationis.

At-

Atque hinc jurans *per Deum*, hunc tanquam rem maxime sibi sacram, vindicem facit violatæ promissionis; Huc pertinet formula: So wahr mir GOtt helffe, qua renunciat omni, quod a divino numine unice procedit, solatio. Qui jurat *per templum*, implorat vindictam ejus, qui in templo colitur. Jurans *per animam* precatur ut animæ, cujus cura maxime religiosa homini esse debet, male sit, si jurat *per terram*, vult ejus commoda sibi auferri, si *per flumina*, inundationes, aliaque quæ inde oriuntur mala, sibi imprecatur. *Ita per pice torrentes*, *atraque fuligine ripas* juratum legimus; jurans enim omnibus his cruciatibus se submittit: Qui *per salutem Principis* jurat, in casum violatæ fidei Principis vindictam implorat; neque enim exigua res est salutem Principis, quæ subdito sacra & inviolabilis esse debet, adeo vilipendere: Unde & olim pro crimine læsæ majestatis id reputabatur. *L. 31. in f. ff. h. t.* Denique huc quoque pertinet jusjurandum, quod fit *per salutem filiorum*: precamur enim hoc ipso, ut filiis male sit, ut privemur solatio liberorum, &c. *Goth. ad l. 3. h.* Quin si *per memoriam majorum* juramus, precamur, ut cordati homines male de nobis existiment, quod memoriam parentum flocci faciamus.

Sed & his omnibus modis implicite Deus continetur: Qui enim animæ suæ malum imprecatur, terræ commoda sibi auferre vult, qui ad aquarum & acherontis miserias provocat, implorat summum numen, ut illorum malorum segete pejerantem cumulare velit. Vid. *l. 33. de Jurej.* Qui violat salutem Principis, memoriam majorum &c. non potest non incurrere vindictam supremi numinis, qui reverentiam erga magistratus & parentes cordibus hominum inscripsit, & violantibus graves minatur pœnas.

Equidem in foro soli pro corporali juramento id, quod extra Dei nomen præstatur, non habetur, indeque nec pœna perjurii obtinet: Licet enim Deus implicite contineatur, de eo tamen cogitasse jurans non censetur, alias enim divini nominis potius mentionem fecisset. Neque proinde animus hujus violandi, præsumi potest: In vita civili ergo non quomodo verba explicari queant, sed quid senserint partes, inspiciendum est. Vid. *Carpz. p. 2. d. 6. Const. 16. n. 15.*

Qv. II. *An Christianis per Deum jurare liceat*?

AFFIRM. Quia qui jurat, colit Deum, eumque vindicem veritatis adhibet: Quin præscribitur Israëlitis regula, quod per nomen Dei jurare debeant. *Deut. 6. v. 13.* & accurate id observandum esse inculcatur *Num. 30. vers. 6.* At facile ex his apparet non nisi in causis gravissimis id fieri debere, cum res sacra non debeat ita profanari, neque cuicunque assertioni ludicræ vel vili adhiberi, atque hinc sacramentum a sacro dicitur, quasi segregatum a profanis: & hoc est, quod Augustinus ait, *Juro, sed quantum mibi videtur, magna necess-*

Laut. pag. 172. verb. Jurare christiani possumus &c.

necessitate compulsus, cum videro, non mihi credi, nisi faciam. Sanderson de Jurej. pag. 118. 237. seq.

OBJ. Effatum Servatoris *Matth. 5. v. 37.* ibi: *confabulatio vestra sit Imo, Imo, Non, Non, quod ultra est, est a malo.*

RESP. (1) Loquitur Servator cum Discipulis, qui in confabulationibus quotidianis jurabant, hoc prohibet, indeque ait, λόγος vester, i. e. sermo, sit imo, & non &c. Non vero inde excludit negotia majoris momenti, neque magistratibus legem in judicio præscribit. At (2) verior & solidior responsio est, quod Servator statum humanum ad pristinam perfectionem reducere cupiens, primævam vivendi simplicatem allegare soleat, eamque pro norma esse velit; cum ergo primævo rerum statu jurejurando opus non fuerit, sed nuda assertio plusquam juramentum valuerit, merito inde concludit, ob malitiam hominum & ob fraudes obvenientes cautiones & assecurationes religiosas introductas fuisse, sine quibus inter homines vix ulla fides constaret: & hinc nervose Servator ait, *quicquid ultra est, est NB. a malo.* Adeoque virtutum Doctor non ait, juramenta esse illicita, sed vult discipulos suos nudis mutuis assertionibus fidem habere, neque ab invicem requiri debere juramenta, *quæ* a malo, sive ex malitia hominum, originem habent, & ad illam *compescendam* inventa sunt: Egregie Scythæ hanc rem explicant apud Curtium, *jurando gratiam Scythas sancire ne credideris, colendo fidem jurant. Græcorum ista cautio est, qui acta consignant & Deos invocant, nos religionem in ipsa fide novimus, qui non reverentur homines, fallent Deos.*

Adeoque si vel aliquis mihi non credat, vel magistratus id injungat, nihil impedit quo minus fidem jurato interponere possim; Neque de tali juramento loquitur Servator. Ita ipse Deus, duritiem humanæ mentis respiciens, juramento afferta confirmat. *Ps. 88. vers. 4.* Sed tantum legimus per suum nomen id fecisse, quia hoc solum ipsi sacrum est: Conf. *Deut. 1. vers. 8. Ps. 99. vers. 5. Gen. 22. vers. 16. Ps. 86. vers. 35.*

Qv. III. *Quinam jurare possint?*

Laut. pag. 172. verb. *Jurant qui juramentis &c.*

RESP. Triplex hic quæstio est. (1) Qui jurare possint ad effectum, ut ex ejus violatione perjurium oriatur? (2) Quinam inde obligentur adversario ad præstandum quod inde promissum est? (3) Quinam jurare possint ad id ut noceat alteri deferenti?

Ad (1) dico omnes de perjurio teneri, qui doli capaces sunt, adeoque & pubertati proximi. *c. 1. x. Del. puber.*

Ad

Ad (2) omnes, qui ex consensu suo obligari possunt, adeoque tantum puberes *auth. sacram. pub. C. si adv. vend.*

Ad (3) omnes, qui intellectum habent, adeoque etiam infantiæ proximi. *L. 26. pr. h.* nam sibi imputet, qui hujusmodi personæ juramentum defert.

Qu. IV. *An reservationes mentales licitæ sint?*

NEGATUR: (1) Quia secundum id, quod inter utramque partem actum est, jurari debet, nam de eo confirmando vel affirmando agitur, non ergo secundum id, quod unus mente reservavit. (2) Quia jusjurandum est species transactionis, & jus inde oritur, quia partes ita voluere; non autem voluere aliud, quam quod inter utrumque convenit. (3) Esset hic factum illicitum, & animus decipiendi, alter enim prætextu divini nominis, quod omnis doli expers est, deciperetur; & dum alter, qui scit me aliter intelligere, vel aliter inter nos actum esse, dolose, callide, & animo decipiendi simulat, non est divini nominis cultus, sed magis ejus profanatio, dum impenditur alterius fallendi causa, Deusque adhibetur fallaciæ testis; Et quænam (4) securitas in juramentis, si unicuique liceret juxta id, quod mente reservavit, juramentum interpretari? Hoc modo enim id, quod est subsidium fidei, fieret instrumentum fallendi; Et cum (5) juramentum sit expediendarum litium maximum remedium, *l. 1. ff. Jurej.* tota ejus definitio hoc modo interverteretur, & ita augerentur magis lites, nihilque certi definiretur. Idque (6) expresse ipso J. Can. traditur *c. 22. q. 5. c. Quacunque.* ibi: *quacunque arte verborum quis juret, Deus tamen, qui conscientiæ testis, ita hoc accipit, sicut ille, cui juratur, intelligit*, & *c. 22. q. 2. c. in dolo c. 22. q. 6. c. 11. & 12.* Ita Augustinus: *Perjuri sunt, qui servatis verbis expectationem eorum, quibus juratum est, deceperunt*, & *Ps. 24. vers. 4.* requiritur, ne quis juret in dolo; Eamque sententiam (7) omnes moratiores gentes improbarunt, atque ita factum ejus, qui, cum 30. dierum inducias cum hoste pepegisset, noctu populabatur agros, admodum improbat *Cic. de off. l. 1. c. 10.* integris libris quoque id improbant *Joh. Martonus & Henr. Malonus apud Sanders p. 128. & 181.* Conf. *Grot. l. 2. c. 13. §. 3. & Disp. Dn. Par. de Guarantia in pace Sect. 1. th. 2.*

Laut. pag. 173. verb. Secundum mentem deferentis.

OBJ. (1) Quod quisque verborum suorum sit interpres.

RESP. Negatur, si dispositio inter partes clara est.

OBJ. (2) Quod ex oratione verbali & mentali jurantis una oriatur oratio composita, in qua tota, conjunctim accepta, nulla est falsitas.

RESP. Imo adhuc inest falsitas, quia non coincidit cum mente deferentis, utpote cum ex utriusque sententia & voluntate jurari debeat.

OBJ. (3) *L. 6. ʃ. f. A. H.* ubi qui *fallens* adiit hæreditatem, non dicitur adiiſſe.

RESP. Imo adit ipſo jure *l. 86. A. H.* ſed prætor dat facultatem abſtinendi, quia vi metuque coactus adiit. *d. l. 6.* Vid. *tit. His quæ vi metuve &c.*

OBJ. (4) Exempla apud *Grot. l. 2. c. 13. §. 5.* ubi reſervatio quædam mentalis videtur, & tamen factum probatur.

RESP. Ibi juramentum de alio caſu erat præſtitum, aliud enim eſt dare, aliud amiſſum non repetere.

Qv. V. *An per deaſtros jurans obligetur?*

Laut. pag. 173. verb. *Non etiam per deaſtros.*

NEGATUR per text. expr. in *l. 5. §. 3. h. t.* Nam juramentum vere dici nequit, quia non eſt affirmatio religioſa; neque enim deaſtri nobis res ſancta ſunt, neque eſſe debent. Accedit quod in civium poteſtate non ſit novos admittere Deos, iisque cultum & honorem exhibere. *Gothof. ad d. §. 3.* eſſet enim hæc ſpecies idololatriæ. Atque ex hac ratione nec Iſraëlitis per Deaſtros jurare permiſſum erat. *Deut. 6. verſ. 13. Jerem. 5. verſ. 9.*

Secus ſi ille, cui juramentum defertur, deaſtros pro vero Deo *agnoſcat*, ut ſi Chriſtianus a Perſa gentili, &c. juramentum recipiat, tunc enim jurans adeo obligatur, ut etiam de perjurio contra eum agi poſſit, quia res ipſi ſacra eſt, & ſic hactenus erit affirmatio religioſa: Et de hoc caſu loquitur *l. 5. §. 1. h.* Atque ita Judæos a gentilibus juramenta recepiſſe probatur exemplo Labanis. *Gen. 21. verſ. 31. Add. Gen. 31. verſ. 51.* Conf. *Grot. l. 2. c. 13. Sanders. pag. m. 148. Auguſt. ep. 154.* Quod eo magis concedimus, quia etiam gentiles generali complexu Deum comprehendunt. *Sanders. d. l.*

Qv. VI. *An per creaturas jurare liceat?*

Laut. pag. 173. verb. *Non per creaturas &c.*

AFFIRM. Quia quoties aſſertioni vel promiſſioni adjicitur mentio rei ſacræ, vel religioſæ, toties dicitur juramentum. Vid. *ſupr. q. 1.* Atque ita per angelos, per quatuor Evangeliſtas, per Mariam; *Nov. 8. in fin.* per vitam Davidis, *2. Sam. 15. verſ. 21.* per Pharaonis vitam &c. *Gen. 41. verſ. 15.* juratum legimus. Ita Eliſæus jurat per vitam præceptoris, *2. Reg. 2. verſ. 4. & 6.* Paulus per angelos & exercitum ſanctorum, *2 ad Tim. 5. verſ. 21.* Exempla gentium per creaturas jurantium vide apud *Teſm. ad Grot. l. 2. c. 13. §. 11. Curt. l. 6. c. 11. Suet. in Calig. c. 24. & in Claud. c. 11. Ovid. 3. Amor. 3. Tacit. l. 3. Ann. c. 73.* Romani quoque per genium Principis jurabant, *L. 33. in f. de Jurej. l. 2. C. de R. C. l. 2. C. Ad L. Jul. Maj.* Conf. *Grot. l. 2. C. 13. §. Rauch. p. 2. q. 1. Treutl. §. 1. b. in f. Coth. ad l. 2. C. R. C.* Atque ita

ita quotidie videmus jurari bey Fürstlichen und Adelichen Ehren, bey Cavaliers-Parole &c.

Obj. (1) Hoc non esse juramentum, sed obtestationem.

Resp. Ita lis in verbis esset: Nam posita definitione juramenti, quod sit affirmatio religiosa, necessario sequitur illud etiam per creaturas fieri posse, si hæ quoque nobis sunt religiosæ: Latinis autem hoc sensu juramentum dictum fuisse, ut comprehenderint etiam id, quod per creaturas fit, jam demonstratum est: Vid. *d. l. 2. C. de Reb. Cred. l. 3. in f. ff. h. t. l. 33. h. l. 2. §. f. l. 3. l. 4. pr. h.*

Obj. (2) Quod creatura tanquam testis adhiberi nequeat, quia revelare occulta non potest, cum id Deo saltem proprium sit. *Sanders. p. 159.* Neque hic metus aliquis subest reverentiæ & religionis, cujus intuitu deterreri homo a violatione posset.

Resp. (1) Si alter ita detulit juramentum, sibi imputet, quod non mentionem fecerit rei, quæ juranti magis religiosa est. Neque (2) creatura hic testis est, sed ipse Deus, qui vindex est & violatæ fidei & spretæ religionis. Et hoc est quod Augustinus ait, *Ep. 154. Qui per lapidem jurat, si falsum jurat, perjurus est, quia non te audit lapis loquentem, sed punit Deus fallentem.*

Obj. (3) Quod Servator prohibeat per templa, per terram &c. jurare.

Resp. Ei jam satis factum est *sup. q. 1.*

Obj. (4) Quod nulla sit vis hujus juramenti, nullusque ejus effectus, quid enim metueret violans memoriam majorum? &c.

Resp. (1) Aliud est an sit pro juramento? quod affirmatur; aliud an effectum solennis juramenti habeat? & hoc negatur, vide *l. 13. ff. f. de Jurej. junct. l. 2. C. R. C.* Neque enim hic alia pœna constituta est, præter eam, quæ ex cordatorum hominum opinione de levitate inconstantiaque animi pejerantis oritur. Cordati enim viri male de eo existimabunt, qui non majoris facit memoriam parentum, quod non major sit dictorum religione quoque firmatorum constantia. Sed & (2) ipse Deus, qui fidem violatam vindicat, magis eam vindicabit, si obtestatio accesserit, & mentio facta est rei, quam Deus hominibus religiosam esse voluit. *L. 31. h. t.* At hæc vindicta foro Poli relinquitur: Neque enim in foro soli ulla pœna in talem pejerantem constituta apparet. Vid. *sup. q. 1. in fin.*

Qv. VII. *An juramentum per creaturas effectum solennis juramenti habeat?*

NEGATUR: Valet enim quidem hæc promissio adjectione creaturæ nobis religiosæ confirmata, uti omne nudum pactum, ex quo oritur exceptio, *l. 5. pr. h.* & hodie actio. *supra tit. de Pact. quæst. 10.*

At effectus solennis juramenti non habet; Unde (1) illud violans non habetur pro perjuro, neque in perjurii pœnas incurrit, nullibi enim hoc constitutum est. Quin potius contrarium apparet ex *l. 2. C. de R. C.* Ubi ea ipsa pœna, quæ in pejerantes in genium Principis constituta fuit, sublata est. *d. l. 2.*

Neque OBSTAT, quod jurantes per animam &c. per Deum jurare videantur. *L. 33 ff. h. t.* Indeque implicite perjurium in ipsum supremum numen contineatur.

RESP. Deus in genere est violatæ fidei vindex, & sic multo magis is erit, si obtestatio accessit: Sed, nisi in specie ejus vindictam jurans imprecatus fuerit, pœna perjurii in foro soli non obtinet. Conf. *quæst. præced. Obj. 4.*

(2) Promissiones jure civili invalidæ non convalescunt accedente *hoc juramento*, uti convalescunt accedente solenni: Nam ideo jus Canonicum ea, quæ illicite promissa sunt, servari jubet, ne animæ periculum jurans incurrat, violando nomen Dei, sub quo promisit. Non enim magis tunc animæ periculum incurrit ac si nudum pactum violavit.

Porro & (3) renunciationes, quæ non nisi jurato *factæ* valent, supponunt juramentum solenne, non vero tale, quod per creaturas fit, quia leges ob reverentiam nominis divini hunc effectum tribuerunt.

Unde & (4) promissio bey Fürstlichen Ehren, bey Cavaliers-Parole, &c. non habet effectum solennis juramenti, uti late tradunt Dd. apud *Tesm. ad Grot. l. 2. c. 13. th. 22. lit. a. Mev. part. 1. dec. 146. Carpz. p. 2. Const. 16. def. 5. Brunn. ad l. 50. SC Vellej. Mynſ. l. 1. O. 17. Gail. 2. O. 59. Covar. cap. Quamv. q. 1. Zœſ. tit. de Jurej. n. 13. Struv. Ex. 17. th. 11. ibique Müller. Stryk. U. M. h. §. 15.* Conf. *l. 13. §. 23. ff. Quod met. cauſ.*

OBJ. (1) Quod ille, qui pejerat per genium principis, habeatur pro perjuro, & pœnam fustigationis pati debeat; *l. 13. in fin. ff. de Jurej.*

RESP. Singularissimum id olim fuit in hac specie, quia Principes instar numinum colebantur; adeoque genium Principis violantes ipsum numen violasse credebantur. Vide *Goth. ad l. 2. C. d. R. C.* at hæc ipsa pœna fustium postea sublata fuit. *d. l. 2. C. d. R. C.*

OBJ. (2) Quod pro ſolenni juramento habeatur, ſi quis promiſerit per 4. Evangeliſtas, per archangelos, &c. *Nov. 8. in f.*

RESP. Supponitur caſus, ubi præmittitur nomen Dei additis quibusdam ſanctis, qui, ex ſuperſtitione illius ſeculi, tanquam comites illud ad ſummum numen deferrent. Adeoque hoc eſt ipſum juramentum per nomen Dei. *Sanderſon de Jurej. p. m. 114.* Quanquam negari non poſſit in eccleſia Romana cum ſanctorum veneratione etiam receptum eſſe juramentum ſub eorum nomine. *Struv. Ex. 17. th. 8.* Conf. *Stryk. U. M. h.* §. 11.

QV. VIII. *An in judicio juramentum per creaturas deferri poſſit? & an deferens inde obligetur?*

Utrumque AFFIRMATUR: Nam (1) partes ita tranſigunt, & prout diſponunt, ita jus eſſe debet: Quin cum ea lege utriusque conſenſu juratum ſit, ut v. g. jurans liberetur, non video, cur deferens non obligari inde debeat. Et cum (2) pars nudæ aſſertioni partis fidem habere poſſit, nedum id poterit facta mentione rei alicujus religioſæ. Idque (3) clare ita deciditur in *l. 5. pr. h. Quod ſi exegi ut per ſalutem tuam jurares, & juraſti: Stabitur. Omne enim omnino jusjurandum, per quod voluit quis ſibi jurari, idoneum eſt: Et ſi ex eo fuerit juratum, prætor id tuebitur.* Conf. *l. 33. ff. h.* Atque ita quoque rem expedit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 5. & 6.*

QV. IX. *An aſſeveratio loco juramenti*, an Eydes ſtatt, *habeatur pro vero juramento?*

AFFIRMATUR: Nam ex uſitato loquendi modo Germanis ein Eyd nihil aliud eſt quam aſſertio religioſa Deo teſte adhibita, qui proinde ponit definitum, ponit quoque ejus definitionem: Accedit, quod, cum nulla in ſpecie religio adjecta ſit, intelligatur per eminentiam res omnium maxime religioſa, ſcil. Deus. Atque hinc formulam hanc vim juramenti habere teſtantur Dd. apud *Laut. pag.* 174. allegati, eaque eſt ſententia *Zangeri*, *Coleri*, ipſiusque *Lutheri* apud *Carpz. p. 2. c. 16. def. 6. n. 12.* Licet *Lauterbachius*, *Carpzovius*, aliique diſſentiant. Conf. *Stryk. U. M. h.* §. 14.

Laut. pag. 174. verb. *Neque juramentum eſt aſſeveratio &c.*

QV. X. *Quomodo differat juramentum ab execratione?*

RESP. Juramentum ſemper accedit vel promiſſioni vel aſſertioni, nam tum metu adjectæ rei religioſæ quis adſtringitur vel ad fidem datam ſervandam, vel ad veritatem dicendam. At execratio eſt nuda imprecatio mali citra diſpoſitionem, v. g. diabolus te abripiat. *Laut. pag.* 174.

Laut pag. 174 verb. *Nec eſt quis cum execratur*

Qv. XI. *An juramentum vi extortum sit ipso jure nullum?*

Laut. pag. 175. in pr. verb. Non quidem ipso jure &c.

NEGATUR: Sed promissio jurata ipso jure subsistit, uti plurimis exemplis & rationibus id probatum est supra *lib. 4. tit. 2. q. 2.* At datur a judice restitutio in integrum, vel ex titulo quod metus causa, vel ex clausula generali, si qua justa mihi causa fuerit: Atque hæc restitutio tutum quoque actorem reddit in conscientia, nam & a magistratu restituitur, cujus leges obligant in conscientia, vide *supra l. 1. tit. l. 3. q. 10.* & justa adest restitutionis causa; utpote cum jus, ex jurejurando quæsitum cogenti a potestate civili in pœnam delicti auferri, & coacto tribui possit.

Jure Canonico id fit per absolutionem, quod idem est, nam hæc fit a magistratu Ecclesiastico, eaque remittitur ac aboletur jus quod prædoni ipso jure quæsitum est, & sic absolvitur, quia animum promittendi non habuisse videtur. Vide *Dn. Stryk. U. M. h. §. 20.*

DISSENTIT *Cic. l. 3. off. c. 29.* qui jurantem plane non obligari ait: At non distinguit voluntatem ab injuria; illa enim moveri etiam metu ac necessitate potest, eaque obligatur; at quia metus injustus est, cogens ad restitutionem damni ex coactione dati, indeque ad injuriæ reparationem compelli potest. Vide *sup. l. 4. tit. 2. q. 2.*

Qv. XII. *An juramentum dolo extortum obliget?*

Laut. pag. 175. verb. Idem est in juramento dolo extorto.

NEGATUR: Nam qui dolo decipitur, hactenus ignorat adeoque nec consentit negotio; neque illud scire dici potest, *L. 1. ſ. 2. Dol. mal.* Indeque nec in conscientia obligatur.

OBJ. (1) Quod juramentum vi metuque extortum obliget, *supra l. 4. tit. 2. q. 2.* nedum si dolo eliciatur.

RESP. Imo qui cogitur, scit quale negotium contrahatur, indeque ex suo contractu plene obligatur. Secus ac in decepto & ignorante. *dict. q. 2. Obj. 4.*

OBJ. (2) Exemplum Gileaditarum, quibus Josua juramentum dolo extortum religiose servavit. *Jos. c. 9. vers. 19.* Quod summus rerum arbiter ratihabuit, liberando ipsorum urbem ab obsidione gentilium. *Jos. c. 10. vers. 1. & seq.* & vindicando injurias ipsis a Saulo illatas internecione fere populi judaici. *2 Sam. 21. vers. 1. seq. & vers. 14.*

RESP. (1) Populus ibi dubitavit de dolo, *Jos. c. 9. vers. 7. seq.* & nihilominus juravit, *ibid. vers. 14.* adeoque præstitum juramentum servare oportuit. Accedit (2) quod, cum invito nec consulto numine Gentilibus juraverint, *d. c. 9. vers. 14.* eoque mandatum Dei de exstirpandis idololatris transgressi

gressi sint, Jehova in pœnam Judæorum eos superstites esse jusserit, ut perpetuas iis struerent insidias, *Judic.* 2. *vers.* 2. *seq.* adeoque approbavit Deus fœdus initum in pœnam non præstitæ obedientiæ. Varias circa hunc locum interpretationes vide apud *Grot. l.* 2. *c.* 13. *§.* 4. *ibique Tesm.*

DISSENTIT *Lauterb. p.* 175. *ibique Dd.* per *C.* 28. *X. h.* ubi juramenta vi & dolo exacta eodem jure habentur, uti & in *C. quamvis &c. De pactis in 6.*

RESP. Neutrum servari debet, & in eo conveniunt; At si vi præstitum est, non liberatur jurans nisi mediante restitutione seu absolutione; si dolo, ipso jure tutus est.

QV. XIII. *An exacto juramento calumniæ generali, postea in singulis causis adhuc speciale malitiæ exigi possit?*

AFFIRM. *c.* 2. *§. f. de Juram. calumn. in 6.* ibi: *Sive de calumnia sit juratum, potest judex exigere juramentum malitiæ quoties &c.* Nam generale initio litis saltem propter generales suspiciones præstitum videtur, adeoque ad novam & specialem suspicionem calumniæ subortam extendi non debet. *Dn. Berger. in resol. h. t q.* 1. *Gail.* 1. *O.* 87. *n.* 3.

Laut. pag. 177. verb. *Etiam post juramentum calumniæ generale.*

OBJ. *Nov.* 49. *c. fin. §.* 1. Ubi juramento calumniæ generali præstito amplius speciale exigere permissum non est.

RESP. Loquitur de jurejurando in eodem negotio reiterato. Nam qui semel juravit, se, cum ab adversario probationem exegerit, non per occasionem dilationis hoc facturum, sed pro eruenda veritate, postea non amplius idem jurare tenetur, si crebro requirat probationes: Adeoque quoties ab initio generali juramento etiam formula specialis juramenti inserta est, illa postea repeti nequit, quia in eodem negotio crebro sacramentum subire nemo cogi debet. *dict. Nov. c.* 3.

In foro res dubio caret, & juramentum malitiæ in quacunque judicii parte, etiam præstito juramento generali, sive a parte sive a judice deferri potest. *Müller. ad Struv. Ex.* 17. *th.* 72. *lit.* γ. ubi egregie notat differentias inter juramentum calumniæ generale & speciale. Casus autem, quibus juramentum speciale exigi solet, recenset *Laut. d. pag.* 177. *Müller. d. l. Carpz. p.* 1. *c.* 12. *def.* 20. Conf. *Nov.* 73. *c.* 7.

QV. XIV. *An parentes & patroni quoque de calumnia jurent?*

NEGATUR *l.* 16. *h.* ibi: *de calumnia non debet jurare. L.* 7. *§.* 3. ibi: *Nec deferentes juramentum de calumnia jurant. ff. de obseq. parent. &c.* Conf. *l.* 8.

Laut. pag. 177. verb. *Excipiuntur autem §. 5. parentes.*

§. 5. *Qui satisd. cog. l. 13. §. 14. ff. Damn. inf.* Nam uti doli mentio pugnat cum reverentia ipsis debita, *l. 11. de dol. mal. l. 5. §. 1. de Obseq. par.* ita & mentio calumniæ, utpote quæ dolum infert.

Obj. *L. 34. §. 4. h.* ibi: *Neque patrono neque parentibus &c.*

Resp. In Haloandrina & vulgata legitur, *æque patrono atque parentibus remittitur:* Atque ita legi debere, probatur (α) ex omnibus allegatis textibus, ubi directo contrarium asseritur: (β) Ulpianus omnium illarum legum autor est, indeque, cum tribus diversis locis contrariam sententiam professus sit, credendum est, errore scribentis sensum *d. l. 34.* mutilatum esse. Atque hanc lectionem (γ) antiqua editio, & basilica confirmant. Vid. *Struv. h. th. 73. Goth. ad d. 34. lit. c. Cujac. l. 9. Obs. 34.*

Qv. XV. *An judicem liceat perhorrescere non addita causa?*

Laut. pag. 171. verb. Hu etiam (3) pertinet Juram. perhorrescentiæ &c.

NEGATUR: (1) Quia ad id, ut judex reddatur suspectus, indicia requiruntur. Vid. *l. 9. de liberal. caus. Cap. 39. in pr. X de off. jud. Struv. Ex. 9 th. 11. ibique Müller. lit. φ. Laut. pag. 99. in fin & pag. 100. in pr.* de quibus proinde cognoscendum, antequam recusari possit. (2) Jus quæsitum *est judici* ratione jurisdictionis, quod nuda partis suspicione ei auferri *nequit: Docet* quoque (3) experientia, partes perhorrescere sæpius judicis fidem & justitiam. (4) Est hoc juramentum species juramenti suppletorii, ubi semiplena probatio sive per testes, sive per instrumenta, sive per indicia præcedere debet Accedit (5) ratio, quod is qui suspectum judicem arguit, famam ejusdem oneret: *arg l. 10. C. Quand. prov. non est &c.* Nemo autem vagari absque causa cum discrimine alienæ existimationis debet. *L. 7. de Injur. l. 18. de dol. mal.* Denique & (6) in dubio potius pro judice ejusque fide ac integritate præsumitur, inprimis cum jurato justitiam se æqua lance administraturum stipulatus fuerit. *L. 2 C de off. Jud. Civil. Alciat. 3. præs 9.* Sed & frustra metuit a judice, cujus sententiam provocando ad transmissionem actorum evitare potest; ut taceam, liberum esse partibus a quolibet gravamine ad superiorem judicem appellare. Atque hæc est (7) communis & in praxi receptior sententia. *Laut. Disp. de Juram. perhorrescentiæ th. 17. Gail. l 1. O 28. n. 3. Müller. ad Struv. Ex. 9. th. 11. lit 6.* ubi præter autoritates multa notatu digna circa hanc materiam, & inprimis de ejus origine, tractat. Conf. *Mev. part. 6. dec: 71.*

Etsi autem hæ rationes juris satis evidentes sint, in pluribus tamen dicasteriis. & nostro inprimis, receptum est, ut provocans ad juramentum perhorrescentiæ citra causæ allegationem ad ejus præstationem admittatur: Rationem hanc allegant; quod sæpius contingat partes habere justas causas, sed vel famo-

famosas, vel quas probare non possunt: Cum ergo periculosum sit priores proferre, posteriores vero non admitterentur, deficiente quippe probatione, obligarentur coram suspecto judice litigare; quod gravissimum est. *L. 16. C. de jud. Laut. pag. 99. in fin.*

Qv. XVI. *An correi inculpatio sit sufficiens indicium ad imponendum juramentum purgatorium?*

NEGATUR: Quæ enim præsumtio potest oriri assertione delinquentis, adeoque ejus qui nullam fidem meretur. *arg. l. 11. C. de test. l. f. C. de accus. C. 10. X. de test.*

Laut. p. 178. in fin. verb. *Suspiciones autem aliquem gravent.*

Exc. (1) Si socius nullum inde commodum habeat, sed potius inculpatione socii aggravet delictum, ut si stuprata se a maritato impraegnatam dicat. *Dn. Berger. resol. d. l.*

Exc. (2) Si tale crimen sit, quod sine socio non solet committi; *c. 5. de haeret. in 6. c. 1. X. Confess. l. 1. C. fals. mon. l. 1. C. de Malef. l. 10. C. de ser. Berger. d. l.*

Exc. (3) Si in carcere vel tortura legitime facta socium nominaverit: *Berg. d. l.*

Qv. XVII. *Quando correi inculpatio torturæ locum faciat?*

RESP. Quando quinque requisita, in Ord. Car. art. 31. comprehensa, copulative existunt. Scil. (1) quando judex de sociis criminis in carcere vel tortura in genere ac sine suggestione interrogavit. *Dn. Coccej. disp. de socio Crim. Sect. 3. th. 43.* Et quidem (2) de omnibus circumstantiis. *ibid. th. 45.* ubi (3) inquirit judex, an inter reum nominantem socium, & socium nominatum sint inimicitiæ, jurgia, aliæque offensiones. *ibid. th. 46.* Et an (4) denunciatus sit talis persona, & iis moribus, ut de ejusmodi commisso in suspicionem venire possit: *ibid. th. 47.* Denique & (5) requiritur ne maleficus vacillet, aut confessionem mutet, sed nominationem extra tormentorum locum ratificet. *ibid. th. 48.*

Laut. pag. 178 in fin. verb. *Neque tamen torturæ.*

Qv. XVIII. *An stuprum confesso deferri possit juramentum purgatorium ratione promissi matrimonii?*

NEGATUR; revera enim hic non subest indicium, cum alius actus sit concubitus, alius promissio matrimonii, neque ex illo præsumtio ratione matrimonii oritur, cum potius explendæ libidinis causa stuprator actum illum per-

Laut. pag. 179. verb. *Neque defertur stuprum confesso.*

peregisse censeatur: Si enim finem matrimonii habuissent ejus consummationem exspectassent. Accedit, quod assertio promissi matrimonii sit fœminæ prostitutæ, quæ nullam fidem meretur. Atque ita rem decidit *Laut. pag. 179. pr. ibique Carpz. l. 3. def. 74.* Vid. *Constit. Halberst.* Von Eh-Verlöbniß *art. 11.*

At, si aliæ circumstantiæ concurrant, forte quod illa fuerit honestæ famæ, æqualis conditionis, & valde juvenis &c. stuprator vero jam adultus, luxuriosus, & extra familiam patris, tunc juramentum purgatorium injungi ei potest. *dict. art. 11. Laut. d. l.* Atque ita in Curia Halberstadiensi judicatum hic est in causa Lehmann c. N. Tochter.

Qv. XIX. *An reus in expensas condemnari possit, si juramento se purgavit?*

Laut. pag. 180. verb. Etiam quoad expensas.

Distinguendum, *an* causam dederit inquisitioni & suspicioni, forte quod osculatus uxorem alienam, & ideo ad jurato se purgandum condemnatus sit, tunc enim non liberatur a restitutione expensarum: quia ipse in causa est, & facto quodam illjcito occasionem dedit suspicioni, & inquisitioni: *An* vero causam non dederit, sed ideo forte, quod a reo nominatus sit, inquisitio contra eum decreta fuerit: tunc enim nullo suo facto occasionem suspicioni dedit, indeque ad expensas condemnari nequit. Atque ita rem decidit *Dn. Berger. in resol. h. t. ad verb. Nisi sua culpa: Laut. pag. 180.* De praxi testatur *Struv. h. th. 46. ibique Müller,* ubi varias Doctorum sententias refert. Conf. *Fab. C. l. 4. tit. 1. def. 5.*

Dissent. Dd. apud *Müller. d. l. Carpz. p. 3. q. 116. n. 77.* Item *p. 1. c. 22. def. 17. & tit. 12. art. 3. n. 49. Berg. part. 1. q. 40. n. 38. & seq. Gail. l. 2. de Pac. publ. c. 7. n. 12.*

Qv. XX. *An valeat delatio juramenti negativa, si deferatur super matrimonio & concubitu simul?*

Laut. pag. 181. verb. Matrimonialis affirmative non negative.

Putat id *Dn. Berger. in resol. h. t.* animadv. ad verba, *non negative, tum* ob justam præsumtionem, quod fœmina spe matrimonii ad concubitum allecta censeatur, *tum* quia res, quæ remotis testibus fieri solet, aliter probari nequit, *tum* quia plurimi statuunt solam stupri confessionem ad effectum decernendi jurisjurandi purgatorii sufficere, quod diversorum collegiorum præjudiciis probat: Quibus accedit, quod lex Mosaica quoque stupratam ducere jubeat.

Equidem negari nequit, hæc omnia satis & rationi naturali & juri civili convenire: At cum praxi & Jure Canonico regula certa sit, quod delatio negativa juramenti in matrimonialibus non obtineat, propter evidentes a *Carpzovio* in

in Proc. tit. 11. *a.* 1. *n.* 72. *& seq.* allegatas rationes, *arg. c. f X. de transact.* non video quomodo sententia illa cum observantia & usu fori conciliari possit: Nam (1) eadem utrobique subest ratio; quod in potestate partium non sit, dissolvere matrimonium: *Carpz. d. l.* tendit autem illud juramentum ad dissolutionem matrimonii. Et cum (2) transactio negativa super matrimonio non valeat, *C. fin. X. de transact.* sive stuprator confessus sit stuprum, sive non, neque valebit delatio juramenti, utpote quod cum transactione pari passu ambulat. *Carpz. d. l.* Accedit (3) quod illa circumstantia aggravans, quæ ex concubitu oritur, non tribuat privilegium stupratæ, neque enim ex facto hoc illicito augeri beneficia juris debent. (4) Confirmatur hæc sententia ex lege Mosaica, quæ in arbitrium stupratoris confert, num ducere stupratam, num eam dotare velit. Denique & (5) frustraneum esset juramentum, cum absque testibus sponsalia hujusmodi clandestina non valeant. *Carpz. d. l.*

At ratione judicis quæri potest, an ille, propter indicium ex stupro ortum, juramentum purgatorium stupratori deferre possit? Ita putant plurimi apud *Berger. d. l.* at bene hoc negat *Laut. p. 179. ibique Carpz. l. 3. def. 47.* Vid. *sup. qu. 18.*

Hodie Juramentum super sponsalibus deferri posse ait *Dn. Stryk. U. M. h. §. 30.* At quid hoc aliud est, quam super ipso matrimonio juramentum deferre: sponsalia enim de præsenti sunt ipsæ nuptiæ, & probatis sponsalibus necessario consummare stuprator tenetur matrimonium: Adeoque uti nec ratione matrimonii, ita nec ratione sponsaliorum hodie delatio valet.

Qv. XXI. *An actio, quæ præstito jurejurando extrajudiciali datur, sit similis rei judicatæ?*

RESP. Hactenus similem esse, ut nova actio inde detur, qua scil. non quæritur, an debitum, sed an juratum sit; eodem modo, ut in re judicata saltem quæritur an judicatum sit. Vid. *q. seq.* At quoad privilegia, quæ rei judicatæ tribuuntur, similis non est: unde centesimæ usuræ non debentur &c. nam hæc privilegia non ex consensu & transactione partium oriuntur, uti nova illa actio, sed propter autoritatem judicii conceduntur, indeque in negotio extrajudiciali locum non habent.

Laut. p. 181. verb. Actio similis rei judicatæ &c.

DISSENTIT *Laut. p. 181. per l. 8. C. h.* ibi: *ad similitudinem judicati actio in factum competit.*

RESP. Loquitur textus de jurejurando judiciali, ibi: *actori delato vel relato &c.* quæ voces judicium supponunt; tunc enim, verum est, actionem illam in omnibus similem esse actioni rei judicatæ.

Qv. XXII. *An hæc actio ex jurejurando nova sit actio?*

Laut. pag. 181. verb. Nam hæc actio nova est &c.

AFFIRM. (1) Quia ex nova causa oritur, non enim est v. g. ex mutuo, uti prior, sed quasi ex contractu, quia utriusque partis consensu juratum est. Indeque (2) alia & nova jam est quæstio, quia non amplius quæritur an debitum, sed an juratum sit. *L. 27. de Exc. rei jud.* Atque (3) nova hæc actio personalis est, etsi prior in rem fuerit. *l. 10. l. 11. pr. & §. 1. h.* Unde (4) quædam novatio fit, non quidem propria, quæ priorem actionem tollat, (nam prior actio hic salva manet: *l. 13. §. 3. & l. 30. pr. h.*) sed qualis est necessaria, quæ fit per litis contestationem & sequentem actionem judicati, qua prior actio non tollitur. *l. 11. §. 1. l. 29. Novat. L. f. pr. C. Usur. rei jud. Laut. p. 177. junct. l. 8. C. h.*

DISSENTIUNT vulgo Dd. qui non novam hic dari actionem, sed eam, quæ datur, meram esse adjectionem contendunt.

Qv. XXIII. *Quomodo differat juramentum judiciale ab extrajudiciali?*

Laut. pag. 182. verb. vel in judicio, quod in specie vocatur judiciale &c.

Præmittendum hic est, utrumque juramentum, quod pars parti *defert*, instar conventionis & transactionis esse: hac enim lege quasi transigunt, ut alter juret, *l. 2. h. l. 25. h.* & sic, ut conventiones, utriusque consensu valeant: Adeo, ut juramento præstito non amplius quæratur an debitum, sed an juratum sit. *l. 27. de Exc. rei jud.*

Ex utroque jurejurando Prætor dedit actionem in factum *l. 28. §. f. de Jurej.* (ubi utique de voluntario agitur) *§. 11. Inst. Act.* Si scil. pars detulit, *dd. ll.* non si ultro juravit, *l. 21. l. 22. l. 23. dol. mal. l. 4. §. 1. de in lit. jur.* quia hic non potest quæri an juratum sit juxta conventionem. *d. §. 11. l. 5. §. 2. l 9. §. 1. h.* Quin si ultro se ingerit, suspectum se reddit in propria causa. *d. l. 21. d. l. 4.*

At in quibusdam differunt, & quædam singularia in judiciali occurrunt. Scil. (1) quod hoc referri possit deferenti: *l. 34. §. 6. & 7. l. 38. h. t.* Secus in voluntario extrajudiciali. *l. 17. h. Laut. p. 180.* (2) Deferens jurat de calumnia: *l. 24. §. 7. h. Carpz. proc tit. 11. art. 4. n. 26.* Secus in voluntario. *Laut. p. 180.* (3) Actio ex jurejurando judiciali quoad omnia similis est ei, quæ ex re judicata oritur, secus in actione, quæ ex juramento extrajudiciali descendit. *Vid. q. 20.* Nam extra judicium judex partes suas non interponit, sed omnia nudo consensu constant.

Qv. XXIV.

Qv. XXIV. *An juramentum ab eo deferri possit, qui nihil probavit?*

AFFIRM. *L. 35. pr. h.* ibi: *tutor omnibus aliis probationibus deficientibus jusjurandum deferens audiendus est. L. 25. §. p. de probat.* vid. *q. seq. in pr. L. f. C.* ibi: *elegerit hæredis juramentum. L. 12. pr.* ibi: *vel in principio litis &c. C. h. t. l. 11. §. 1.* ibi: *si velit magis jusjurandum deferre, ff. rer. amot.* Nam hoc ipso probat, dum juramentum defert; & fortissima ex illa delatione oritur præsumtio, dum alterum judicem in propria constituit causa: *l. 38. h.* Neque hic aliquid iniqui subest, cum reo liberum sit, istud, si malit, actori referre. vide *Carpz. p. 1. c. 12. d. 2. ibique late Dd.*

Laut. pag. 182 verb. etiamsi deferens nihil probaverit.

OBJ. (1) *L. 4. C. de edendo*, ubi actore non probante reus absolvitur.

RESP. Satis probare deferentem hoc ipso, dum defert juramentum, jam dictum est.

OBJ. (2) *L. 9 C.* ibi: *sed petitore quidem non implente intentionem absolvi &c. C. de Obl. & act. l. f.* ibi: *non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur. C. de Rei vind.* Conf. *l. 3. C. Reb. Cred. c. fin. §. sane X. de Jurej.*

RESP. uti ad præcedentem objectionem.

DISSENT. doctores vide apud *Carpz. d. defin. 2. n. 1.*

Qv. XXV. *An actor, qui probationem suscepit, & in ea defecit, convolare ad juramenti delationem possit?*

AFFIRMATUR: Nam nihil impedit, quo minus pluribus probationibus successive uti possit: Et textus in præcedenti quæstione allegati generaliter loquuntur, nec distinguunt, an nihil probaverit actor, an vero in probatione defecerit; adeoque nec nos distinguere debemus. *L. 8. ff. de publ. in rem act. Laut. p. 182. ibique Dd.* Atque ita rem decidit *Mev. p. 4. dec. 5.* & eum secuti sunt domini in causa Levin Joel contra die Degensche Erben Mens. Dec. 1696. Conf. *Berg. h. q. 3.*

Laut. pag. 182. verb. vel probaturus defecerit &c.

DISSENTIT *Mart. tit. 19. §. 1. n. 35.*

Ubi tamen bene notandum, non licere actori simul & intentionem probare, & juramentum deferre, quia juramenti delatio non locum habet nisi deficiente ordinaria probatione. *Carpz. proc. tit. 11. art. 1. n. 26.*

Qv. XXVI. *An actor juramentum reo delatum revocare possit?*

Distinguendum, an res integra sit, an non: *Illo* casu revocari potest, non *hoc*; Res autem integra esse dicitur, quando (α) actor reo juramentum

 detulit,

detulit, & hic juramentum locum non habere contendit; hoc casu reus, antequam sententia desuper feratur, illud revocare potest, per textum expressum in *l.* 11. *C. h.* ibi: *Si quis autem sacramentum intulerit, & hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere & alias probationes, si voluerit, præstare, ita tamen, ut hujusmodi licentia usque ad litis* (quæ scilicet super delatione juramenti, & an illa locum habeat, orta est,) *tantummodo terminum ei præstetur: post definitivam autem sententiam &c.* (β) Quando adversarius nondum acceptavit juramentum, neque ratione præstationis se declaravit.

Neutro enim casu jus quæsitum est alteri, negotium adhuc est imperfectum, &, cum juramenti delatio sit species transactionis, non potest effectum habere nisi uterque consentiat, i. e. nisi alter acceptet, vel per sententiam id ei injungatur:

Non ergo amplius res integra est, si reus vel acceptavit juramentum delatum, vel per sententiam id ei injunctum sit, tunc enim consensere, & quasi transegere partes, ut lis mediante juramento delato & acceptato perimatur, expediaturque, quo ipso acceptanti jus, delatum juramentum præstandi, eoque litem expediundi, partium voluntate est quæsitum, quod deferentis pœnitentia ei aufferri nequit: Atque hinc in *d. l. 11.* expresse dicitur, quod *juramento per sententiam injuncto deferens illud revocare non possit. Eadem vero* ratio est, si is, cui delatum est, id ultro acceptaverit. *Brunn. proc. c. 23. n. 12. Carpz. p. 1. c. 12. def. 3. & 4. Mart. proc. tit. 18. §. 2. n. 1. & seq. n. 7. seq.* Rationes addit *n. 17. & seq.* Conf. *Berg. resol. h. q. 3.*

Exc. (1) Nisi novæ probationes superveniant, forte quod nova reperiantur instrumenta, idque juret producens. *Mart. d. l. n.* 17.

Exc. (2) Nisi evidens sit metus perjurii idque probetur: *Mart. d. l. n. 18. & late seq. Mev. p. 3. d. 201.*

Dissentiunt Dd. apud *Mart d. l. n. 10.* propter *l. 11. C h.* At dictam legem loqui de revocatione juramenti, quæ fit re integra, jam ante probavi.

Qv. XXVII. *An actor juramentum delatum, & revocatum, deficiente probatione denuo deferre possit?*

Juramentum delatum re integra revocari posse, demonstravi *quæst. præced.* At si revocans in ordinaria probatione, quam suscepit deficit, an tum denuo deferri possit, magna inter Doctores est quæstio? Communior est sententia negantium (1) per text. expr. *l. 11. C. h.* (2) quia per revocationem juramenti ejus delationi est renunçiatum, *d. l. 11.* quam renunciationem in præjudicium

dicium alterius mutare non licet *L. 75. ff. Reg. Jur.* (3) Quin duplex probatio super uno articulo non admittitur, *Mev. 3. dec. 210.* Conf. *Mart. proc. tit. 18. §. 2. num. 34. Mev. p. 4. dec. 5. num. 5. Goth. ad d. l. 11.*

Qv. XXVIII. *An reus neglecto juramento delato possit ad ordinariam provocare probationem?*

AFFIRM. Quamdiu nondum acceptavit: nam non præcise obligatur ad jurandum. Sed potest conscientiam suam probationibus exonerare; ratio clara est, quia ipsius rei conditio non debet esse deterior, quam actoris: uti ergo ab initio integrum est actori, aut deferre juramentum, aut probare, sic etiam integrum debet esse reo aut referre id, aut probare. vide *Mart. tit. 19. §. 1. n. 3.* & dissentientes *n. 5.*

At aliud est, si reus semel acceptavit juramentum, nam tunc ad ordinariam probationem confugere amplius nequit, sed jus quæsitum alteri est ex acceptatione & consensu. Imprimis cum deferentis forte intersit litem celerrime expediri, quæ, probatione interveniente, admodum protraheretur. Conf. omnino *Mart. tit. 19. §. 1. n. 20. ibique late Dd.*

Exceptiones hujus regulæ vid. *q. 26. in fine.*

Qv. XXIX. *Quid, si reus in probatione suscepta deficiat, an adhuc ad præstationem juramenti delati admittitur?*

AFFIRM. Neque jam dici potest recusatum semel esse juramentum delatum, indeque amplius illud præstari non posse; Ille enim qui neglecto juramento statim ad probationem provocat, non recusat, sed in suspenso illud relinquit. Atque ita rem decidunt *Stryk. U. M. h. §. 25. & Brunn. Proc. tit. 19. §. 1. n. 5.*

An vero hoc casu referri possit? Mihi affirmativa verior videtur: (vide tamen *Dn. Stryk. d. l.*) ille enim, qui non acceptat, sed statim ad ordinariam probationem provocat, non recusat, uti jam dictum est, sed in suspenso illud relinquit.

Qv. XXX. *An reus relatum actori juramentum revocare possit?*

AFFIRM. Si antequam actor acceptet, relationem revocet, nam tunc jus ei cui refertur nondum quæsitum est, nihilque ante ejus acceptationem adhuc actum videtur, negotiumque, quod mutuo consensu consistere debet, est imperfectum. Atque ita rem decidit *Sets. de Juram. l. 4. c. 7. n. 28. Umm. ad Proc. 14. n. 65.* Quibus accedit textus in *l. 11. C. h. t.* ubi in genere omnis is

qui ſacramentum intulit usque ad litis (ſcilicet qua ſuper delatione diſceptatur) terminum revocare poteſt.

At ſecus, ſi actor ſemel acceptavit relationem, nam tunc quaſi contraxere partes, quod actor præſtito juramento relato vincere debeat, hoc jus quæſitum ex conſenſu reus revocatione ſua auferre non poteſt. Vid. *Mart. tit.* 18. §. *2. n. 25. ibique Dd.*

EXCEPTIONES hujus regulæ vid. *ſupr. q. 26. in fin.*

DISSENTIUNT varie Dd. ALII enim ſemper, etiam poſt acceptationem, juramentum relatum revocari poſſe putant, uti Dd. apud *Mart. d. l. n. 26* (1) per textum in *d. l.* 11. ſed jam vidimus eum loqui de revocatione, quæ fit re integra.

(2) Quia in cauſis judicialibus etiam poſt conventionem pœnitere licet, *L.* 18. *ff. de Jurisd.*

RESP. Falſum, ſi jus quæſitum eſt. Sed & in *d. l.* 18. paciſcens pœnitere quidem poteſt ad eum effectum, ne judex conventus jus dicat, at non ad eum effectum, ne ad id quod intereſt teneatur: adeoque nec ibi impune recedit.

(3) Quia contra bonos mores eſſet, ſi adverſarius invito referente *in re* ſua jurare, & ſe judicem in propria cauſa conſtituere vellet.

RESP. Non eſt iniquum, quia partes ita conſenſere. Vide late *Mart. d. l. n.* 15.

ALII e contrario etiam ante alterius acceptationem relati juramenti revocationem referenti denegant, uti ipſe *Mart. d. l. n. 25. & t. 19. ſ.* 1. *n.* 31. Verum hæc ſententia jam ante exploſa eſt.

Nec OBSTAT ratio ab eo allegata, quod mutatio animi & variatio odioſa ſit, & ideo non extendenda, cum quod ſemel placuit, amplius diſplicere non debeat. Nam hæ regulæ ceſſant ubi jus quæſitum alteri nondum eſt.

Qv. XXXI. *An revocato juramento relato reus vel ipſe jurare, vel ad ordinariam probationem convolare poſſit?*

RESP. Cum relatio, quæ re integra revocatur, pro non facta habeatur. vid. *q. præced.* omnino in rei erit arbitrio, an jurare, vid. *q. 30.* an denuo referre, vid. *q. 29.* an vero prabatione conſcientiam exonerare velit. vid *q. 28.*

Et hoc non tantum verum eſt, ſi ante relationem neſciverit inſtrumenta, ſed & ſi ſciverit; quia illa relatio ante acceptationem actoris eſt plane imperfecta, nec ullum effectum habere poteſt. Quicquid diſſentiat *Mart. tit. 19.* §. 1. *n. 38.*

Qv. XXXII.

Qv. XXXII. *An is, cui refertur juramentum, aliter innocentiam probare possit?*

NEG. Nam (1) hanc viam ipse elegit, adeoque eam evitare nequit. (2) Qui defert juramentum alteri, concedit facultatem illud vel præstandi, vel referendi; *l. 34. §. 7. ff. h.* Si ergo alter refert, ex suo consensu illud acceptare tenetur, neque amplius pœnitere potest. Atque hæc est sententia *Laut. p. 184. Mev. p. 3. dec. 201. Heig. p. 1. q. 4. n. 37.*

Qv. XXXIII. *An infamis vel perjurus deferre alicui juramentum possit?*

NEGATUR: Quia prætor delationem permittit sub conditione referendi; *l. 34. §. 7. h.* hoc jus quæsitum auferri mihi ex alterius delicto nequit: Neque valere potest delatio ea lege, ut præcise juret, quia jus referendi habet. *d. §. 7.* Referri autem personæ infami juramentum non posse vel exinde apparet, quia perjurii metus est in persona, quæ fidem vel famam non curat, & cum is, qui pro alio testimonium dicit, integræ famæ esse debeat, nedum qui pro se ipso. *Carpzov. proc. tit. 11. a. 1. n. 87. seq.*

Laut. pag. 182. verb. Etiamsi sit infamis.

OBJ. Quod relationis impedimentum non statim impediat delationem, exemplo *l. 11. §. f. ff. de Act. rer. amot.*

RESP. Ibi defertur juramentum delinquenti, qui proinde de suo facto jurare debet, hic ergo non aufertur jus referendi, quod delinquens non habuit. At in quæstione nobis proposita is cui defertur habet jus referendi, quod ei facto deferentis, qui tanquam perjurus illud præstare nequit, auferri non potest.

INSTAT *Brunn. proc. c. 23. n. 4.* (1) Hanc sententiam nullo textu niti; (2) transigere posse infamem, cur non & juramentum deferre; (3) majorem habendam esse rationem publicæ utilitatis, quæ suadet, ut lites per juramentum cito expediantur.

At quoad (1) jam dixi, optionem, quæ expresso textu fundatur, hic auferri.

RESP. ad (2) Alia ratio est in transactione, alia in delatione juramenti, huic enim cohæret jus referendi, quod propter infamiam actoris ei, cui defertur, auferri nequit.

RESP. ad (3) Utilitas publica hic non periclitatur, si infamis ordinariam probationem suscipere cogitur. Quin magis ille favor militat pro deferente, cum publice intersit, ne jus quæsitum ob delictum alterius auferatur.

Atque

Atque hæc ſententia plurimos defenſores habet, *Carpz. proc. tit.* 11. *art.* 1. *n.* 87. *& ſeq. Idem p.* 1. *c.* 14. *def.* 6. *Fabr. C. h. t. def.* 17. *Setſ. L.* 4. *c.* 8. *n.* 12. *Struv. Ex.* 17. *th.* 35. *in fin.* Etſi diſſentiat *Laut. p.* 182. *ibique Dd. Brunn. proc. c.* 23. *n.* 4. *Mart. proc. tit.* 18 *a.* 1. *n.* 21. *& ſeq.*

NOT. Ex ante dictis apparet infamem iis caſibus, quibus relatio ceſſat, juramentum deferre poſſe.

QV. XXXIV. *An reus ſuper exceptione contra inſtrumentum liquidum actori juramentum deferre poſſit?*

Laut. pag. 182. *in fin.* verb. *& extraordinariis &c.*

AFFIRM. Nam cum (1) omnium conſenſu ibi admittantur exceptiones, quæ in continenti (id eſt intra terminum Saxonicum, *Carpz. proc. tit.* 22. *art.* 4. §. 4.) liquidæ reddi poſſunt, non video, cur juramentum inde excludi debeat, quippe quod omnium maxime rem liquidam facit: Neque (2) retardatur proceſſus, ſed in termino præfixo tota res expediri poteſt: Indeque ipſa ſacra ſcriptura monet per juramenta lites minui. *Hebr.* 6. *verſ.* 16. Accedunt (3) aliæ rationes, quas late recenſet *Mart. in Proc. tit.* 39. *art.* 3. *n.* 73. *ſeq.* Conf. *Stryk. U. M. h.* §. 22. *H. Piſt. L.* 4. *q.* 13. *Fab. C. L.* 7. *tit.* 18. *def* 78. *n.* 3. *&* 4. *Brunn. Proc. c.* 1. *n.* 54. *Mart. Proc. tit.* 18. §. 1. *n.* 19. 77. *&* 79. *& tit.* 39. §. 3. *n.* 86. *ibique late Dd.*

OBJ. (1) Quod juramentum non ſit probatio, ſed transactio.

RESP. Imo eſt probatio extraordinaria, & ſufficit, quod res æque liquida reddi poſſit.

OBJ. (2) Quod hoc ipſo dicatur illiquida exceptio, dum conſcientiæ committitur.

RESP. Statim ac alter jurat fit liquida.

OBJ. (3) Quod in proceſſu executivo exceptionum probatio ſummariter ſit perficienda; atqui delatio jurisjurandi eſt ſpecies ordinariæ probationis.

RESP. Jam dictum eſt, probationem hanc eſſe ſummariam, & ea in continenti rem liquidam reddi.

OBJ. (4) Quod cum actor extra proceſſum ordinarium in executivis non valeat reo juramentum deferre, (uti plene id evolvit *Carpz. proc. tit.* 11. *a* 1. *n* 13.) hoc ipſo & reo jurisjurandi delatio ſuper exceptionibus ſit interdicta; Ex natura correlatorum. *Carpz. proc. tit.* 22. *a.* 4 §. 18. *& ſeq.*

RESP. Immo diverſa ſubeſt ratio, nam actor executive agere non poteſt niſi ex inſtrumento, ex quo apparet quid quale, & quantum debeatur, adeoque ibi non opus eſt juramenti delatione: Alıud eſt in reo excipiente, qui ad fundan-

fundandam exceptionem non opus habet instrumento, sed sufficit quomodocunque illa in continenti liquida reddi possit.

OBJ. (5) Quod contra instrumentum liquidum non possit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ; ergo nec juramentum, *arg. l. 14. §. 3. C. Non num. pec.*

RESP. Falsum esse antecedens, nam omnino exceptio non numeratæ pecuniæ locum habet etiam contra instrumentum guarentigiatum: vid. *tit. præced. q. 26. Carpz. p. 1. c. 8. def. 65.* Conf. *Mart. d. tit. 39. §. 3. n. 87. & seq.* ubi aliter quoque respondet.

OBJ. (6) Quod ratio non permittat juramento onerari eum, qui fundatam habet intentionem. *c. 2. x. de probat.*

RESP. qui excipit, etiam fundatam intentionem habet ex delatione juramenti, & cum inde præsumtio contra actorem oriatur, eam elidere præstando juramentum tenetur.

Alia quæ obstant prolixe resolvit *Mart. ad proc. d. tit. 39. § 3. n. 73. & seq.* Dissentientes late refert *n. 77. & sq.* varias Doctorum opiniones exhibet *n. 80. seq.* Vide *Struv. Ex. 17. th. 32. ibique Dd. Berl. p. 1. c. 8. n. 84. Carpz. p. 1. c. 8. d. 15. & 31. et c. 12. def. 35. & 36. Mev. p. 3. dec. 260.*

Jure Saxonico dissentientium opinio obtinet. *Carpz. part. 1. c. 8. def. 15. Moller. 13. Sem. 36. H. Pist. Lib. 4. q. 13. n. 27. Stryk. d. l.*

QV. XXXV. *An in actione injuriarum ad palinodiam juramentum deferri possit?*

AFFIRMATUR: (1) Quia hæc actio civilis est, & privatum actoris inter esse concernit: *Carpz. prax. Crim. p. 2. q. 94. n. 50. Farinac. p. 3. op. crim. q. 105. n. 71. & 77. Müll. ad Struv. h. 39. l. ξ.* Etsi quoque (2) criminalis esset actio, tamen etiam in his delatio juramenti locum habet, si pœna non est corporalis. *Laut. p. 138. pr.* Atque hinc (3) Communior doctorum sententia pro nobis militat. *Berg. h. pag. 197. Thomas ad Strauch. Differt. 19. th. 15. Stryk. U. M. h. §. 29. Müller. ad Struv. d. l.*

Laut. pag. 183. pr. verb. Injuriarum.

DISSENTIT *Carpzov. L. 4. Resp. 44. n. 25.* ex sequentibus rationibus: (1) Quia licet proprie actio criminalis non sit, tamen cum ad graviorem pœnam deveniri possit, propter incertum eventum non male inter causas capitales recenseri, indeque juramento locum non esse, putat. (2) Quia iniquissimum ipsi videtur, honestum virum ad delationem levissimi hominis jurare vel famæ periculum subire debere. (3) Quia in causis criminalibus probatio luce meridiana clarior requiritur, juramenti autem delatio est tantum subsidiaria, &

probationis exoneratio. Eamque sententiam (4) pluribus autoritatibus adstruit *ibid. n. 25.*

At omnes hæ rationes non tanti sunt, ut ad calculum illis addendum movere nos possint:

Nam ad (1) RESPONDEMUS, nulla ratione actionem ad palinodiam criminalem esse, utpote cum ea non agatur ad pœnam, sed sit rei persecutoria, & agatur ad nudam injuriæ recantationem.

RESP. ad (2) Nulla hic subest iniquitas, nam ordinem processus absque respectu personæ observare debemus. Neque persona, etsi vilis, calumniose exigere juramentum præsumitur; imprimis, cum coërceri calumnia mediante juramento malitiæ possit.

RESP. ad (3) Actionem hanc non pertinere ad causas criminales.

Neque (4) autoritatibus sed rationibus hic pugnamus, quanquam nec illæ nobis deficiant.

Laut. pag. 183. verb. (2) *Delatum sit & revocatum iterum deferatur etc.*

QU. XXXVI. *An actor juramentum delatum & revocatum deficiente probatione denuo deferre possit?*

Vid. *sup. q. 27.*

Laut. pag. 183. verb. (6) *Ille cui delatum alio modo &c.*

QU. XXXVII. *An is, cui delatum est juramentum, alio modo suam intentionem probare possit?*

Vid. *sup. q. 28.*

Laut. pag. 184. verb. *Neque innocentiam aliter probare &c.*

QU. XXXVIII. *An ille, cui refertur juramentum, alio modo suam intentionem probare possit?*

Vid. *sup. q. 32.*

QU. XXXIX. *An juramentum, quod respicit factum proprium ejus cui defertur, possit referri?*

NEGATUR: *L. 11. § f. & ll. seq. Rer. amot.* quia de proprio facto nemo alius jurare potest. Conf. *Laut. p. 184. ibique ll. & Dd.*

OBJ.

OBJ. Quod is, cui defertur juramentum, habeat optionem, num velit præstare, num referre. *L. 34. §. 7. h.*

RESP. Exceptio est, nisi vel ex natura facti, vel juris beneficio relatio locum habere non possit; ut, quia ipse melius, & forte solus scit, vel quia deliquit, vel quia jura relationem prohibent, ut in negante matrimonium.

QV. XL. *An mortuo eo, cui delatum est juramentum, hoc habeatur pro præstito?*

RESP. Si defunctus delatum suscepit, & se præstiturum declaravit, nec in mora fuit præstandi, tunc habetur pro præstito, etsi præmoriatur. (1) Quia regula generalis est, quod fecisse videatur, per quem non stat, quo minus faciat *l. 39. R. J.* (2) fundatur quoque illa sententia in præsumtione juris, quod nemo moriturus falsum dicturus, sed verosimile sit, meditatione mortis vera protulisse. *L. f. C. ad L. J. Pecul.* Sane (3) is, qui acceptat juramentum, seque ad ejus præstationem in judicio offert, coram Deo pro jurante habetur, & in casum perjurii æternas pœnas subeat necesse est: Æquitati igitur convenit, ut in foro soli commoda quoque jurisjurandi ei tribuantur: Eaque sententia (4) communiter a Doctoribus probatur, quos late cumulat *Gail. 2. O. 43. n. 2.* ubi ex hoc principio concludit, quod mors notarii vim signi & subscriptionis habeat, eaque protocollum partibus suis non absolutum validum reddatur &c. Quod testis præmortui sigillum pro recognito habeatur; Quod scriptura debitoris morte confirmata liberationem probet &c. Conf. *Carpz. Resp. 120. n. 10. Stryk. U. M. h. §. 42. Berlich. p. 1. c. 55. n. 14.* Atque ita in supremo Tribunali Berolinensi judicatum d. 5. Nov. 1720. in causa Kannenberg. c. Stitaker.

Dissent. Laut. pag. 182. verb. Neque susceptum habetur pro Præstito?

DISSENTIUNT *Lauterb. h. pag. 185. ibique Bachov. V. 1. D. 21. th. 10. lit. G. in fin. Brunn. Proc. Civ. c. 23. n. 19.* (1) per *l. 12. pr. C. h. t.* Ubi dicitur, si alteri juramentum delatum sit, licet alter appellaverit, præstandum tamen esse ab eo, cui delatum est, ne facultas jurandi pereat, & interim illa quæstio, an relevet juramentum an non, reservetur ad instantiam appellationis; Si autem acceptatum a defuncto pro præstito esset, frustanea esset mens Imperatoris, aperta ergo hic est conditio, *Si juraverit, Brunn. d. l.*

RESP. Textus de alio casu loquitur: nam ille consilium dat ei, cui delatum est juramentum, ut lite suspensa acceptet juramentum, illudque præstet: ne pereant probationes: At alia quæstio est, an is, qui acceptat juramentum, lite per appellationem suspensa, & paratus est illud præstare, habeatur pro jurante, si morte præveniatur? de quo casu lex allegata plane non loquitur; Adeoque nemo dubitat, eum, cui defertur juramentum, jurare debere; si

 morte

morte forte præventus probationibus suis cadere non vult, *d. l. 12*, at habetur pro jurante, si paratus sit præstare etiam suspensa lite.

(2) Propter Brocardicum illud, *quod non omnis moriens sit Johannes Evangelista. Laut. d. l.*

RESP. Non ideo tantum moriens habetur pro jurante, quod præsumatur memor salutis æternæ, sed quia per eum non stat, quo minus præstet, cum morte præveniatur: Atque ideo pro præstito habetur *l. 39. R. J.* Sane effectu juratum est, si quis acceptat juramentum, & paratus est jurare: Omnis enim effectus perjurii in foro poli locum habet.

Aliter DISSENTIT *Mevius part. V. dec. 46.* Qui non aliter admitti nostram regulam putat, quam in iis casibus, ubi juramento suppletorio locus esse potest: aut ubi res ita comparata est, ut sine juramento causa decidi non possit.

RESP. Hæc ita dicuntur, at nulla ratione vel lege probantur: Sane non soli morti hoc casu statur, sed rationi juris, quod fecisse videatur, per quem non stat, quo minus faciat, quod in foro poli pro jurante habeatur &c. quæ rationes in omni juramento, sive a judice sive a parte deferatur, locum *habent*.

Aliud autem est, si defunctus vel non declaravit sententiam, vel in mora fuit præstandi, tunc enim cessat regula *d. l. 39.* Neque juramentum pro præstito haberi potest.

Jure Saxonico singulariter constitutum est, ut priori *casu* hæredes jurent de credulitate. *p. 1. Const. 24.* Quod etiam in sententia Tribunalis ante allegata hæredibus injunctum est.

QV. XLI. *Quo sensu juramentum præstitum vel remissum habeatur pro plena probatione?*

RESP. Probatio a parte *deferentis*, si alter jurare nolit, consistit in fortissima præsumtione, quod fiducia causæ ipsum adversarium judicem faciat in sua causa; A parte *recusantis*, præsumitur, quod, cum judex sit in propria causa, diffidentia ejus jurare noluerit. *l. 38. h.* Si vero juratum est, tunc probatio oritur ex quasi transactione inter partes inita.

Atque hinc est, quod (1) nec appellari possit a juramento. *l. 12. §. 1. & §. 3. C. h.* Nec (2) rescindi propter instrumenta noviter reperta, *d. l. 1. C. l. 31. ff. h.* nisi ex falso testamento juratum sit, *l. f. C. h.* (3) detur ex hoc jurejurando actio in factum, aut judicati utilis. *l. 8. C. h. &c.*

QV. XLII.

Qv. XLII. *An præstito juramento judiciali res condicatur, si de perjurio constet? Item, an pœna perjurii obtineat?*

RESP. Jure Civili *Digestorum* certum erat litem jurejurando decisam ne quidem prætextu perjurii retractari potuisse, *l. 1. C. J. J. l. 28. §. 10. ff. de Jurej. l. 21. l. 22 ff. dol. mal. Struv. Ex. 17. th. 54. & 55.* etsi instrumenta noviter reperta jurantem evidenter perjurii reum faciant, *d. l. 1. d. l. 21. & 22. l. 31. ff. jurej. arg. l. 19. C. de transact. junct. l. 2. ff. JJ. Carpz. p. 1. c. 15. def. 1. seq. Laut. Comp. p. 185.* Ratio evidentissima *tum* in eo est, quod partes deferendo & acceptando juramentum quasi transigant, indeque deferens sibi imputare debeat, quod adversarium judicem in propria causa constituerit. *L. 1. ff. Quar. rer. act. l. 1. §. 1. & 5. Injur. c. 27. R. J. in 6. l. 37. Jurej. tum* in eo, quod publica utilitas postulet, ut litium aliquando finis sit: certaque aliquando rerum dominia reddantur: qua ex causa nec usucapiones & præscriptiones, nec transactiones nec res judicatæ ob noviter reperta instrumenta retractantur. Jusjurandum autem majorem vim habet ac res judicata: *l. 2. ff. de Jurej.*

Laut. pag. 185. verb. Neque propter nova instrumenta &c.

EXCIPIUNTUR tamen casus, quibus & transactio & res judicatæ retractantur, de quibus *Laut. in tit. de transact. & de Re judicata.* Conf. *Jus Controv. tit. de transact. q. 14. seqq.* & præterea si non pars sed judex detulit; cessat enim tunc transactio. *L. 31. ff. Jurej.*

At jure *Codicis* condici tale lucrum a perjuro potest, neque enim impium lucrum permittendum ait Justinianus in *L. f. C. R. C.* quæ licet de legato saltem loquatur, ratio tamen generalis est, & ad omnes res perjurio quæsitas pertinet. *Carpz. p. 1. c. 15. d. 3. Phil. L. 4. Ecl. 50. num. 11. Fab. C. L. 4. t. 1. def. 2.* Atque ita confirmata est Labeonis sententia, actionem de dolo dantis, quæ jure Digestorum rejecta fuit a *Pomponio, Marcello, & Ulpiano d. l. 21. ff. Dol. mal.*

Alia autem quæstio est, an utroque jure magistratus perjurii crimen vindicare ejusque pœnam a perjuro exigere potuerit? Communiter id negant Dd. certamque in perjuros pœnam nullibi constitutam esse, ajunt; Sed illam divinæ vindictæ relictam esse contendunt, per text. expr. in *l. 2. C. de Reb. Cr. Struv. d. §. 54. ibique late Müller. Carpz. p. 1. Crim. q. 46. n. 21. seq. Pingitzer q. Sax. 39. n. 1. Arum. Disp. 11. ad tit. de Jurej. Goth. ad l. f. ff. Stellion.* Verum jure Civili determinatam gravem satis pœnam fuisse jam probabo. Nam (1) in *l. 21. ff. de dol. mal.* ob perjurium causam ipsam non posse retractari traditur, ejusque rei ratio ponitur in *l. 22. ff. Eod.* quia sufficit perjurii pœna, adeoque certa pœna determinata fuit; quod confirmatur ex *l. 16. ff. testibus.* ubi pejerantes competenter puniuntur. *vid. Goth. ibid.* Hanc autem pœnam (2) præter infamiam privationemque honorum & dignitatum, *vid. l. 17. §. in*

 crimi-

criminal. C. de Dignit. fuiſſe corporis afflictivam, patet ex *l. 2. C. R. C. junct. l. 13. § f. ff. Jurej.* Nam imperator in *d. l 2.* tollit pœnam corporis a divis parentibus & prædeceſſoribus conſtitutam: Pœna autem fuſtigationis a *Severo & Caracalla* conſtituta fuit. *vid. d. l. l. 13.* Equ dem (3) pœna fuſtigationis tantum in pejerantem per genium Principis lata eſt *d. l. 13.* eaque ſola quoque ſublata in *d. l. 2.* at cum in pejerantem per nomen Principis corporalis pœna conſtituta eſt, multo magis ea ad pejerantem per ipſum Deum pertinebit, major enim eſt injuria, quæ Deo, quam quæ Principi infertur. Quin ideo perjurium per Principem committebatur, quod Principes Dei reputarentur, numinisque vices in his terris gererent. Neque alia pœna ſtatuta apparet, quam tamen fuiſſe ſtatutam ex *d. l. 2.* apparet.

Neque OBSTAT (1) quod tamen in *d. l. 2. C. R. C.* dicatur jurisjurandi contemtam religionem ſatis Deum ultorem habere.

RESP. Imperator non loquitur de jurejurando per Deum, ſed ſolum de eo, quod per genium Principis fit: Et fuſtigationem huic perjurio dictatam in *l. 13 Jurej.* tollit, perjuriumque Deo vindicandum relinquit; idque benigne admodum conſtituit Imperator eodem modo, quo maledictiones in ſe conjectas generoſus Princeps contemnit in *t. tit. ff. C. Si quis Imper. maled.*

INSTO, Deum non eſſe vindicem perjurii, quod per Principem committitur, adeoque de eo intelligi allegatam rationem non poſſe. *Goth. ad d. l. 2.*

RESP. Imo Deus eſt vindex omnis violatæ fidei, multoque magis ſi fidei adjecta fuerit res ſacra, ipſiusque numinis vices in terris gerens, eaque violata fuerit.

OBST. (2) Quod pejerans ſtellionatus crimen committat, *l. f. ff. Stellion.* quod cum tunc demum locum habeat, ubi legitima & alia certa pœna non eſt, *l. 3. §. 1. & 2. Eod.* probari inde videtur certam de perjurio pœnam non eſſe. *Goth. d. l.*

RESP. Verum eſt, in illa ſpecie perjurii, ubi quis extrajudicialiter, in inſtrumento, absque delatione, ſine ſolennibus, ita juravit, nullam certam pœnam conſtitutam apparere, imprimis cum pœnæ ſint ſtricti juris; ſed ſolum in illa ſpecie, ubi quis judicialiter altero deferente pejeravit. *vid. l. 21. & 22. dol. mal.* adeoque ibi crimen & pœna ſtellionatus obtinent: Indeque non fuſtigationis ſed relegationis temporaria pœna ibi conſtituta eſt. *d. l. f.*

Moribus perjuro amputantur digiti. *O. C. art 107. ibique Steph. & Remus. Carpz. p. 1. q. 46. n. 54.* Pœnam juris Canonici vid. *c. f. de maled. c. 10. C. XXII. q. 1. Müll. d. l. lit. δ. Not. 1.* Indeque hodie nullum dubium eſt, quin magiſtratus ex officio perjurium vindicare poſſet. *Brunn. l. 1. C. de Reb. Cred.*

Modo

Modo evidens ſit perjurium & ſi denunciatum ſit, legitimæ denunciationis requiſita adſint: Unde prius cauſa cognoſcenda & requiſitis deficientibus inquiſitio denegari debet, uti quoque factum in cauſa Schrader contra Schrader. Menſ. Mart. 1710.

Qv. XLIII. *Quomodo juramentum neceſſarium differat a Judiciali?*

RESP. Illud (1) valet tanquam pars probationis, & quia probatum, non quia transactum eſt; indeque (2) defertur quaſi ex judicio judicis, non partium. Hinc (3) nec refertur, nec jusjurandum calumniæ præſtatur; judici enim qui defert, nec incumbit probatio, nec is ſui cauſa conditionem jurisjurandi eligit, nec præſumitur in eo calumnia. *arg. l. 34. §. 5. Jurej.* (4) Appellari quoque inde poteſt. (5) Datur inde actio directa judicati, quæ omnia ſecus in judiciali. (6) Sententia retractari poteſt inſtrumentis noviter repertis. *l. 13. h.* Secus ubi inter partes jurejurando transactum. *L. 1. C. h.* Excepta cauſa teſtamenti. *L. f. C. h. t.* (7) Judex deferre illud poteſt uſque ad ſententiam, quin in ea ipſa; pars vero uſque ad concluſionem in cauſa, hic enim per concluſionem renunciat ulteriori allegationi: Judici autem nunquam concluditur.

Laut. ibid. verb. a judice delatum dicitur neceſſarium.

Qv. XLIV. *An in ſupplementum jurans de ſcientia & veritate jurare debeat, an etiam aliquando juret de credulitate?*

Poſterius AFFIRMATUR: (1) Quia communi praxi ita receptum eſt, ut ſuper facto alieno etiam de credulitate jurari poſſit. *Carpz. proc. tit. 12. art. 2. n. 51. & 52.* Et ideo (2) juramenta de credulitate in foro introducta ſunt, ut ſi factum alienum ſemiplene probatum ſit, reliquum ſuppleatur per hoc juramentum: Idque (3) communiter teſtantur Dd. apud *Carpz d. n. 52. & p. 1. c. 23. def. 8. Schneid. ad §. item ſi quis poſt n. 89. ſeq. tit. de Act.* Atque hinc (4) fieri poteſt, ut jus ſervitutis probaturus per unum teſtem doceat, ſe & prædeceſſores ita poſſediſſe, tunc in ſupplementum jurat, & quidem ratione ſuæ poſſeſſionis de veritate, ratione poſſeſſionis prædeceſſorum de credulitate. Ita judicatum hic eſt in cauſa Bahn contra Rößing. Würden Beklagte vermittelſt ihres Eydes erhalten, daß ſie es nicht anders wiſſen noch glauben, als daß Kläger über 30. Jahr den Spann-Dienſt von ſeinem Hoffe verrichtet, ſo erſcheinet aus dem angeführten Zeugniß ſo viel, daß ſie dasjenige, ſo ihnen zu beweiſen obgelegen, zur Nothdurfft erwieſen ꝛc. Similiter quoque judicatum in cauſa der Gebrüdere Fiſcher contra Kahmann. Würde nun derſelbe noch ferner eydlich erhalten, daß er in ſpecie von dieſer Hufe bishero Dienſte præſtiret, auch nicht anders wiſſe noch glaube, als daß ſeine Vorfahren ſolchen gleichfalls abgetragen, ſo hätte derſelbe auch die

Laut. pag. 186. verb. nam de veritate jurare debet.

die Dienstbarkeit der qu. Aecker zur Genüge erwiesen. Atque hinc (5) hæredes mercatoris defuncti libros juramento credulitatis confirmare, & sic ejus fidem supplere posse, communis praxis docet. *Brunn. c. 23. n. 25. ibique Dd.*

DISSENTIUNT Doctores communiter, & putant jusjurandum credulitatis deferri quidem a *parte* posse, si aliter probare non possit, & tunc valere, quia ita transigit: At a *judice* non posse; quomodo enim, ajunt, judici is probaret, qui ipse nescit, neque enim alii fidem facere posse videtur, qui fatetur se nescire, cum sola credulitas nihil habeat certi nec explorati. *Thoming. decis. 45. n. 14.* Unde suppletorium semper de veritate esse contendunt. *Brunn. proc. c. 23. n. 25. ibique Brukm. Mynf. &c. H. Hartm. t. 25. O. 6. n. 2. 3. Wurmf. t. 14. O. 11. per tot. Berl. p. 1. concl. 53. n. 17. Stryk. U. M. h. §. 37.* Verum his non obstantibus firma manet nostra sententia. Postquam enim juramenta credulitatis in foro obtinuere, nulla ratio apparet, cur in judiciali tantum jurare de credulitate liceat, & cur in necessario quoque ita jurans fidem facere sua credulitate, ac indicia pro eo militantia supplere non possit, imprimis in re antiqua, ut in probatione temporis immemorialis.

Qv. XLV. *An Judæus cum Christiano litigans ad juramentum suppletorium admitti debeat?*

Laut. pag. 186. verb. Non etiam &c.

De Jure Codicis & ex sententia Canonum negatur: (1) Quia contra Christianos testes esse prohibentur ob odium metumque perjurii. *L. 21. C. de Hæret. Nov. 45. c. 1. Can. 26. c. 2. q. 7.* Multo magis ergo in propria causa testes esse, sive jurare in supplementum prohibentur. (2) Accedit brocardicum, quod qui repellitur a testimonio, repellatur quoque a juramento suppletorio *Berger. h. t.* ad verb. *Non etiam usurar. &c.* Neque (3) dispositiones favorabiles, quales sunt omnino juramenta suppletoria, utpote quæ contra rationem juris Civilis introducta sunt, ad Judæos pertinere debent. *Brun. ad l. 14. in fin. C. de Jud. Mart. Proc. tit. 43. § 1. n. 253.*

EXCIPIUNT Dd. (1) Nisi Christianus ipse sit usurarius, vel judaicam pravitatem exerceat *Grat. tom. 5. cap. 542. num. 7.* (2) Cum Judæus plusquam semiplene probavit. *Berl. p. 1. concl. 45. n. 67. Berger. d. l.* (3) Si inter duos judæos res agitur. *Arg. l. 21. C. Hær. Berg. d. l.*

In Praxi illam Doctrinam observari ait *Stamm. de Stat. jud. c. 6.* & præjudicium collegii Wittenbergici affert *Bergerus d. l.* At in Curia Halberstadiensi Judæos testes sæpius admissos fuisse memini: Vid. Acta in causa des Herrn Hertzogs von Holstein contra den Juden Bernds Lehmann, quanquam non desint præjudicia in contrarium.

Qv. XLVI.

Qv. XLVI. *An quis recusare possit juramentum suppletorium offerendo alias probationes?*

Admodum controversa est hæc quæstio. *Alii* AFFIRMANT: (1) Quia plenior probatio est, si testes vel instrumenta quis producat, quam si juret; & cum (2) juramentum suppletorium non admittatur, nisi inopia sit probationis, hoc casu vix admittetur, ubi inopia probationis non est. *L. 3. C. h.* Quin (3) cum post sententiam ea rescissa nova documenta admittantur. *L. 31. h.* Quidni re integra? Atque hanc sententiam (4) fovet *Stryk. U. M. h. §. 16.* ubi simul explicat §. 39. & 40. qualis probatio esse debeat. Idemque statuit in juramento purgatorio. §. 41.

Laut. pag. 186. verb. Nec offerendo alias probationes.

Alii NEGANT: (1) Quia in defectu probationis a judice defertur; ubi ergo super illo defectu sententia lata est, quæ in rem judicatam abiit, illa nec prætextu novorum instrumentorum retractari potest: *L. 4. C. de re jud.* Accedit (2) quod terminus probatorius semel elapsus sit, post quem non admittitur ulterior probatio. Denique & (3) calumniam videri, quod cum ipse sibi jus dicere jurando possit, litem protrahere & ad ordinariam probationem provocare malit: & si adeo certus est de jure suo, cur non jurat? Vid. *Carpz. proc. tit. 12. art. 2. §. 11. n. 95. & seq. Laut. Comp. pag. 186. Berl. p. 1. concl. 33. n. 7.*

In hac incertitudine juris posteriorem sententiam amplexa est Curia nostra in causa Lindholtz c. Ulrich: Mens. Decembr. 1706: Equidem si probatio in continenti liquida est, ne in vanum, & citra necessitatem juretur, putarem eam admittendam: inprimis si ejus sit tanta vis, ut adversarius in expensas condemnari possit.

Qv. XLVII. *An, si præstito juramento suppletorio absolutus sit jurans, negotium retractetur ob instrumenta noviter reperta, etiam citra restitutionem in integrum?*

RESP. Regulariter opus est restitutione in integrum: Nam negotium per sententiam judicis, qui exegit juramentum, est finitum. At si nova postea reperiantur instrumenta, justa hæc causa est restitutionis in integrum, atque hinc rescisso negotio ex integro victus causam agere potest. *L. 31. h. Bocer. class. 6. D. 18. th. 82.*

Laut. pag. 187. verb. Etiam sine restitutione.

DISSENTIT *Laut. p. 187. ibique Carpz. p. 1. c. 15. def. 5. & Proc. t. 12. a. 2. n. 104.*

EXCIPE si ex falso instrumento juratum sit in supplementum, tunc enim ipso jure civili sine restitutione retractatur. *L. p. C. h.*

Equidem *hodieque* multum intereſt: Si enim reſtituitur, finitur actio quadriennio: Si ipſo jure retractatur, finitur 30. annis.

NOT. In juramento judiciali non datur reſtitutio, nec reſcinditur negotium ob inſtrumenta noviter reperta. *d. l. 51. in fin.* at tum tenetur de perjurio.

Qv. XLVIII. *An parentes & patroni a juramento calumniæ generali immunes ſint?*

Laut. pag. 188. verb. *Parentes & Patroni.*

AFFIRMATUR: *ſup. q.* Nam ſive in genere ſive in ſpecie patrem calumniæ inſimulaveris, injuria erit. *Berger. h. q. 4.*

OBJ. *L. 2. §. 4. C. de Jurej. propt. cal.* & *Nov. 41. c. fin. pr.* Ubi in genere dicitur omnes jurare debere.

RESP. Nulla regula adeo firma eſt, quæ non habeat ſuas exceptiones. Conf. *ſup. q.*

LIB. XII. TIT. III.

DE IN LITEM JURANDO.

Qv. I. *An juramentum in litem deferatur domino litis?*

Laut. pag. 191. verb. *actori qui litis &c.*

NEGATUR: Sed domino negotii ejus de quo lis eſt, quia per hoc juramentum æſtimatur affectus ejus, qui rem amiſit, adeoque ad quem negotii utilitas pertinet: Unde non ſufficit aliquem eſſe dominum litis, nec neceſſe quoque id eſt.

NOT. Triplex circa idem negotium dominium concurrere poſſe, (1) litis, (2) negotii ſeu actionis de qua lis eſt, (3) rei ipſius. Uti quando ex emto res petitur a venditore per procuratorem, *venditor* eſt dominus rei, *emtor* actionis emti, ſeu negotii de quo agitur, *procurator* vero eſt dominus litis.

Qv. II. *An matri quoque deferatur hoc juramentum?*

Laut. ibid. verb. *Matri tutrici &c.*

NEGATUR. Niſi tutrix ſit. *L. 4. pr. h.* Nam tutores ſunt inſtar domini rei, quin veri domini negotii, ejusque autores, dum integrant perſonam pupilli, indeque jurant quaſi de ſuæ rei affectu: Et hoc modo mater quoque jurare poterit. *L. 4. pr. ff. l. 1. C. h.* At non tutrix non poteſt, quia nullo mo-

do

do domina est, & sic ejus affectus non attenditur: *d. l. 4.* Conf. *Laut pag. 191. ibique late Dd.*

Qv. III. *An hodie procurator cum speciali mandato in litem juret?*

NEGATUR: Nec olim id potuit, nec hodie potest: Non enim de suo affectu jurare poterit, quia de eo non quæritur, nec de affectu domini, de quo jurare non potest, & quem nescit: Vid. *l. 22. l. 23. C. Proc. arg. l. 7. h.*

Laut. pag. 192. verb. *Hodie tamen per procuratorem &c.*

Nec OBSTAT autoritas *Gailii*, *Busii* &c. apud *Lauterbachium pag. 192. pr.*

RESP. Non dicunt procuratorem de suo affectu jurare posse, sed per procuratorem in animam principalis id fieri posse, nam pars per procuratorem jurare & hodie potest & olim potuit.

Qv. IV. *In quibus rebus juramentum in litem deferatur?*

RESP. Quoties quis id, quod suum est, vel fuit, & sine justa causa ejus esse desiit, quocunque remedio repetit, idve dolo vel contumacia non redditur.

Laut. ibid. verb. *de omni re &c.*

Hujus enim juramenti duplex ratio est: (1) Quia nemo alterius facto & dolo cogi potest rem suam vendere justo pretio. *l. 70. R. V. l. 9. l. 10. Rer. am.* Atqui id fieret, si solum pretium cogeretur recipere, seu id quod interest, quæ ratio cessat in casu, si res ejus nunquam fuit; sed & (2) si res ejus nunquam fuit, nec justum ejus affectum habere poterit, nam justus in rem alienam affectus non est, sed tantum in nostram: pro nostra autem habetur, quæ sine justa causa ex alterius dolo nostra esse desiit, quia paria sunt non desiisse, & jure non desiisse.

Atque hinc apparet *Lauterbachium* male asserere *p. 192.* (1) In *tutelæ actione* jurari in litem: Nam verum hoc non est, nisi pupillus rem suam petat, vel repetat. *L. 8. C. h. l. 7. ff. adm. tut.* (2) Male quoque id asserit in *actione negotiorum gestorum*, nam si, verbi gratia, gestor pecuniam ex administratione penes se habet, eaque rem meo nomine emit, ratione hujus rei non juratur in litem, quia nunquam mea fuit, adeoque nec justum ejus habere possum affectum: Pessime quoque (3) putat *in emtione* jurari in litem. Emtor enim nunquam rem suam petit, sed rem de novo comparat, adeoque nullus quoque ejus poterit esse affectus Atque ita *Borch. Duaren. Hillig. Donell. Bach.* &c. sentiunt apud *Lauterbachium p. 192.* ubi dissentiunt plurimi Doctores.

Qv. V. *An hodie in negotiis stricti juris in litem juretur?*

Laut. pag. 193. verb. *Hæc differentia inter actiones bonæ fidei & stricti juris.*

Ita putant quidam Doctores, quia differentia negotiorum b. f. & stricti juris sublata videtur. Vide Dd. allegatos a *Lauterb. p. 193.* At male; nam hodieque hæc natura judiciorum stricti juris manet. Nam negotia stricti juris dicuntur, quoties quis agit ad consequendum id, quod antea agentis non fuit. Vid. *tit. de oblig q. 13* adeoque ubi quis petit rem alienam, cujus affectus esse & juramento firmari non potest. *d. q. 13. fere in fine.* Sed & alibi jam demonstravi differentiam inter negotia bonæ fidei & stricti juris hodieque in aliis negotiis adhuc obtinere. Nam *supra tit. dol. mal. q. 2.* probavi dolum ex contractibus stricti juris hodieque actione de dolo vindicari; ex contractibus bonæ fidei vero admissum vitiare totum negotium: Sic porro, si pactum est, ut plus restituatur quam mutuo datum est, id nec hodie valet: uti tribus præjudiciis firmat *Phil. Us. pr. Inst. L. 3. Ecl. 38.* Quin nec jure canon. sublatam esse hanc differentiam evincit *Treutl. V. 1. D. 19. th. 2. lit. e. ibique Dd. & Bach.* Conf. *Brunn. ad l. 5. n. 9. h.*

In dubia ergo hac praxi insistendum est juri civili, quicquid dissentiant Doctores. Vid. *Stryk. U. M. h. §. 6.*

Qv. VI. *Quomodo differat juramentum in litem extraordinarium a juramento in litem ordinario sive affectionis?*

Laut. pag. 194. verb. *Juramentum in litem extraord. &c.*

RESP. In eo; quod hoc pœna doli, *Laut. pag. 192. lit. P.* illud vero loco rei sit. *Laut. pag. 194. lit. c.* Unde (1) illud præstatur etiam ob culpam levem, quin levissimam; quia loco rei est, quæ ex culpa non restituitur. (2) Æstimatur ibi res, cujus quantitas apparet; at in posteriori affectus, quia quantitas non apparet: (3) Illud locum habet etiam contra hæredes, quia non est pœna doli. (4) Locum habet etiam in stricti juris judiciis, quia rei, quæ venit in judicium, pretium est. (5) Locum habet etiam in contrariis, neque enim hic requiritur, ut res nostra fuerit, ut in præcedenti, sed quia id quod interest iis vindicatur, id quoque æstimari debet, quod fit hoc juramento: Unde (6) in omnibus negotiis etiam emto, tutela &c. obtinet; *l. 4. C. act. emt.* secus ac in juramento in litem affectionis. Vid. *quæst. 4.*

LIB. XII. TIT. IV.

DE CONDICTIONE CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA.

Qv. I. *Quotupliciter condictio in jure sumatur?*

RESP. (1) *Generalissime* pro omni repetitione; Condicere enim in jure est rem judicio repetere, a veteri judiciorum ritu, quo partes ipsæ diem sibi condi-

condicebant, id eſt ſimul dicebant, quo in judicio afforent juris experiundi cauſa. *Briſſon. de verb. ſign. l. 3. voc. condicere. B. Par. in diſput. de J. pœn. S. 5. §. 1.* (2) *Generaliter*, omnes actiones perſonales ea voce intelliguntur, a formula condicendi: *§. 15. Inſt. tit. de Act.* Nam poſtquam actiones reales a peculiari ritu vindicationes dictæ ſunt, nomen condictionis proprium fuit perſonalium, Dn. *Cocceji d. S. 5. §. 1.* (3) *Specialiter* autem condictiones dicuntur illæ actiones perſonales, quibus agitur dari, i. e. dominium transferri oportere. *d. §. 15.* Vid. *q. ſeq.*

NOT. Harum condictionum quædam ſunt *principales*, uti regulariter, quædam vero ſunt *qualitates*, aut nomina, *aliarum actionum*, uti condictio certi ex mutuo, condictio triticiaria, &c. Vid. *infr. q.*

Qv. II. *Quidnam ſit condictio?*

RESP. Condictiones ſunt actiones perſonales, *d. § 15.* Juris gentium, *l. 25. §. f. Rer. am. l. 1. §. f. cond. ſine cauſ.* aliud nomen non habentes, *d. l. 25.* quibus quis ex pœnitentia vel ex defectu cauſæ rem repetit; indeque eam, utpote ſine juſta cauſa in alterum translatam, ſibi dari intendit; *l. 66. cond. ind.*

Jure civili enim nullum remedium dabatur ei, qui ſua voluntate, etſi ſine cauſa, dominium in alterum transtulit, & translato voluntate mea in alium dominio, res mea eſſe deſiit, quia dedi non animo repetendi, ſed ſolvendi in perpetuum. Attamen quia in his caſibus deficit juſta cauſa obligationis, ex naturali ratione res mea manet, &, cum alter ſine juſta cauſa teneat, condicere eam poſſum, poſſeſſor autem, qui revera plus ſuo habet, indeque aliquid alieni tenet, eam reſtituere tenetur ei cui abeſt: Atque id non quidem certa formula juris civilis petitur, ſed condictione juris gentium; *l. 25. in f. ff. Rer. am.* Neque enim quicquam magis naturale eſſe videtur, quam ut ei jus reparetur, cui illud ſine juſta cauſa imminutum, & jam non integrum eſt. *B. Par. d. diſp. S. 5. ʃ. 2. & 3. l. 1. ff. Cond. ſin. cauſ. l. 6. ff. cond. ob turp.* Atque hæc ratio additur in *l. 32. ff. R. C. quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi æquum & bonum eſt.* Conf. *d. l. 25. & l. 65. §. 4. ff. cond. ind.*

Omnium ergo condictionum fundamentum eſt, quod ſine cauſa res ſit penes alterum: Idque porro vel ex eo apparet, quia condictio ſine cauſa cum omnibus reliquis concurrit. *l. 1. pr. ʃ. 1. & ſeq. l. 4. h.* Dubia, quæ occurrunt, magis perſpicuam hanc ſententiam reddunt, &, cum nervoſe a *Beato Parente dict. Sect. 5. ʃ. 4. & 5.* ſoluta ſint, verba ejus huc referam: Ita vero ait:

Equidem videtur per eas, ſcil. condictiones, magis interverſa omnis juſtitiæ & juris Gentium ratio. Quid enim magis contrarium eſt juſtitiæ, qua ſuum cuique tribuitur, quam vero domino invito jus ſuum auferri, & dari non

domino; quod fit per condictiones, quæ dantur non domino contra verum Dominum: §. *14. de action.* quin, quod plus est, dantur ei, qui ipse sua voluntate dominium in alterum transtulit, quod ut ratum sit, nihil magis naturale est. §. *40. de Rer. div.* per condictiones autem fit irritum & revocatur. Verum ex iis, quæ tractata sunt, solvuntur hæc omnia: etsi enim voluntate domini rem ejusque dominium acceperit, justa tamen causa deficit; quia vel voluntas domini opinione justæ causæ decepta, vel negotium, causa, ob quam dominium quæsivisti, non secuta, imperfectum fuit; vel quod ex turpi causa nactus es, retinere nequis: Neque enim juris Gentium ratio permittit, ut constans & irrevocabile dominium acquirat, qui justam causam non habet.

Cur ergo, inquies, non potius impeditur dominii translatio, & tradenti dominium salvum est, si non justa causa res tradita est? nam & hoc ipsum pro regula traditur in *l. 31. princ.* ibi: *justa causa præcesserit. ff. de Adq. rer. dom.* Nec dissimulari potest, si merum jus naturæ excutiatur, convenientius videri, ut ne dominium transeat, sed res tradita potius vindicetur. Verum longe satius visum fuit JCtis Romanis, aliisque gentibus, dominium potius transferri & condici, ac in personam agi, quam non transferri, & vindicando possessorem conveniri, qui singulis momentis mutari, eoque omne *judicium* eludi posset: Ex hac enim causa in emtione quoque & similibus *contractibus* juris gentium, licet vera ejus ratione spectata, jus in ipsam rem emtori quæsitum videatur. Vid. *Posit. 8. ad jus Gent.* placuit tamen, ut actio tantum in personam inde detur. Quin ab eadem utilitate est, quod in ipsis quoque actionibus realibus placuit, ut facultas sequendi possessorem sistatur lite mota, quæ cum eadem persona peragenda est, nec mutata possessione amplius mutari potest; adeo ut nec alienatio ante litem facta mutet judicium, si ejus mutandi causa facta fuerit. *tot. tit. ff. de alien. jud. mut.* Alias enim possessor conventus, illico alienando evitaret judicium, & ita porro alter possessor, & reliqui in infinitum, nec unquam lis exitum inveniret. Quamobrem sive in his causis, ubi condictio datur, dominium ex ratione naturali non transiisse dicatur, sive, ex prædicta utilitate, transiisse, certum est, rem sine justa causa datam repeti & condici jure gentium posse: *Hactenus B. Par.*

His ita expositis scire interest, quando quis sine justa causa rem tenere dicatur? Fit hoc (1) cum causa, ob quam quis dedit, non fuit secuta, tunc datum vindicat ex *tit. Cond. caus. dat. etc.* (2) Cum causa secuta quidem est, sed a parte accipientis est turpis & injusta; & vindicatur res ex *tit. Cond. ob turp. & injust. caus.* item ex *tit. de Condict. furt.* (3) Cum ab initio nulla subfuit causa, uti cum dedi ex falsa opinione debiti, repetitur res ex *tit. de Condict. ind.* vel si plane nulla causa est, & agitur ex *tit. de Condict. sine caus.*

NOT.

NOT. Ex his jam (1) apparet condictiones non esse ex jure civili, sed gentium, sive ipso naturæ. *L. 64. ff. Cond. ind. d. l. 25. in f.* (2) Sine certa forma actionis ex iis agi, non enim proprium nomen actionis invenitur, sed simpliciter repetitio datur, ita in *L. 25. Rer. am.* cessabat remedium civile rerum amotarum, & ex simplicitate juris Gentium res condicuntur sive repetuntur. Unde (3) est, quod nullæ condictiones infament, etsi delicto agatur, quia infamia ex dispositione & nota legis civilis oritur. Vid. *tit. de Cond. furt. q. 2.*

QV. III. *An condictiones sint stricti juris?*

NEG. Sed plerumque (vid. *l. 12. t. 5. q.*) sunt arbitrariæ, quia possessores non ex fide, sed ex eo, quod res sine causa penes illos sit, tenentur. Illa autem distinctio negotiorum in b. f. & stricti juris tantum obtinet, quoties de fide agitur: uti egregie observavit *B. Par.* in *Hyp. Inst. tit. de Act.* Et ipse *Lauterbachius* hoc videtur fateri, dum ait *fol. 197.* venire quoque in hanc actionem fructus & accessiones, *l. 7. §. 1. l. 12. h.* quod falsum esset, si condictiones essent stricti juris.

QV. IV. *An condictio oriatur ex præsumto consensu?*

NEG. Condictiones enim sunt ex illa æquitate, quod plus suo alter habeat, dum res sine justa causa penes eum est; quæ æquitas manet etsi constet eum animo perpetuo accepisse & alterum dominium quoque tali animo transtulisse. Vid. *sup. q. 2.* Conf. *sup. tit. Pact. q. 12.*

QV. V. *Quando causa non videatur secuta?*

RESP. (1) Si *dantem pœnitet*, nam tunc accipiens revera aliquid alieni tenet, quod ad dantem pertinet, qui proinde datum repetere potest. Hic enim nullo modo obligatur, quia nihil accepit, nec aliquid alieni tenet, indeque pœnitere ei licet. *L. 3. §. 2. & 3. L. 5. pr. & §. seq. h. Laut. pag. 197. pr.* (2) Si *accipiens non præstet*, nec a sua parte causam impleat, tunc enim datum condici ab eo potest, quia id sine causa penes eum est. *d. l. 3. §. 2.*

Laut. pag. 195. verb. *Hic tamen distinguendum &c.*

QV. VI. *Quando accipiens præstitisse dicatur?*

RESP. (1) Si per eum non stat quo minus præstet, *l. 33. Reg. Jur.* exempla sunt apud *Laut. pag. 174.* & supra *tit. de Jurej. quæst. 40.* Vide omnino *l. 19. tit. 2. q. 26.* uti si stat per ipsum dantem, illeque vel in culpa vel in causa sit, *l. 2. h.* vel si paratus sit præstare, sed prohibeatur ab eo, qui jus prohibendi habet, *l. 3. §. f. h.* vel si præstatio natura impossibilis sit, *l. 8. C. Eod.* vel

vel quia antequam fieri potuit, in perpetuum fit impossibilis. *L. 3. §. 3. h. l. 8. ff. Eod.* His omnibus casibus condictio cessat. *dd. ll.* Idque verum est, etsi causa impossibilitatis, & defectus, cur præstari non possit, sit in ipso accipiente; Atque hinc ab eo, qui 100. accepit, ut Capuam eat, si morbo vel tempestate impediatur, nihil condici potest, (quanquam pœnitere dans, adeoque ex eo capite repetere possit. Vid. *q. 5.*) *L. 5. pr. h.* Atque ex eadem ratione merces data advocato pro patrocinio eo præmortuo condici nequit. *L. 1. §. 13. ff. Extraord. cogn. Laut. pag. 59. in f.* add. *q. 9.*

Qv. VII. *Quando per accipientem stare videatur, quo minus præstet?*

RESP. Stat per eum (1) si ejus culpa fit impossibilis, uti si servum supplicio tradidit: *L. p. ff. h.* Item si causa semel fuit possibilis, postea vero fiat impossibilis: Unde si datum est, ut servum manumittas, & servus post id tempus, quo manumitti potuit, decesserit, repeti datum potest, quia per te stetit. *L. 3. §. 3. l. 5. §. 4. h. l. 8. l. 10. l. 11. C. h.* (2) Si causa secuta deficit, forte quod illa effectum non habuerit, uti si ,is, qui jam liber est, manumittitur, *l. 3. §. 5. h.* item si servus alienus traditur, *l. p. h.* Vel quod nulla sit, & jure improbata, uti si avunculo spe matrimonii dos datur. *L. f. pr. ff. Cond. sin. caus.* His omnibus casibus datur condictio, quia revera non præstitit, *cum paria* sint non præstare, & cum effectu vel ex probata causa non præstare, hic ergo itidem per accipientem stare videtur: Non vero (3) per eum stat, si causa impossibilitatis est penes ipsum accipientem, modo non culpa ejus contingat. Vide *quæst. præced.* Add. *qu. 9.*

Qv. VIII. *An detur condictio, si dans sciverit causam, quæ ab accipiente præstari debebat, esse facto impossibilem?*

Laut. pag. 196. verb. & denegatur hæc actio &c.

NEG. Quia habetur pro præstita, dum per alterum non stat quo minus fiat. Falsum autem est præsumi donasse (quam rationem allegat *Laut. pag. 196.*) quia contrarium expresse dixit, se dare ut vicissim quid fieret: Atque hinc in *l. 8. C. h.* donatum sponsæ, si, cum non posset, causam non impleret, non condicitur, quia scilicet per eam non stat, quo minus pareat, indeque causa pro impleta habetur: Equidem ratio autoris vera est in condictione indebiti, ibi enim simpliciter & absque causa reciproca res traditur, indeque si dans sciat nihil deberi, donatio fieri oportet.

Qv. IX. *An detur condictio, si dans ignoraverit esse causam facto impossibilem?*

Laut. pag. verb. Ignoraverit, & datur condictio.

NEGATUR: *L. 10. C. h.* Et hoc quoque factum a parte accipientis pro præstito habetur, quia per eum non stat; nam ideo adjicitur vel exigi-

exigitur factum, ut alter pareat, paret autem qui paratus est facere, sed non potest. *L. 1. ff. 1. h.*

Obj. *L. 3. §. 5. h.* Ubi data pecunia sub causa manumissionis, si postea liber probetur, condici potest; ibi ergo dans ignoravit causam esse facto impossibilem, & tamen condictio locum habet.

Resp. Imo causa non est facto impossibilis, nam potuit manumitti, & actu manumissio facta est, sed causa secuta non fuit cum effectu, quod non est ex impossibilitate facti, sed ex defectu dominii adeoque juris. Conf. *l. 1. l. 5. C. h.*

Hujus vero regulæ variæ sunt exceptiones, quas supra jam exposuimus: Cessat enim regula (1) si culpa accipientis impossibilis fiat. Vid. *q. 7. Laut. pag. 196.* verb. *accipientis & datur repetitio.* (2) Si factum non est impossibile, sed vel ob defectum dominii, vel quia jure improbatur, præstari non potest. *dict. q. 7.* (3) Si non factum, sed res, præstari debet, eaque sit præstatione impossibilis; dans enim non aliter dedit, nisi propter rem; *l. 5. ff. h.* Si ergo hæc sequi non possit, condictioni locus est: *d. l. 5.* Neque hic potest dici rem haberi pro præstita, quia per eum non stat, nam regula hæc in factis obtinet, (in his solis videtur paruisse, qui paratus est facere, & non potest. *l. 1. §. 1. h.*) non vero in rerum præstatione.

Not. Si impedimentum sit temporarium, & verbi gratia advocatus ob valetudinem nondum præstare factum possit, causa adhuc sequi potest sublato impedimento. *l. 5. pr. h. l. 8. h.* Indeque condici non potest, quod datum est. *dd. ll.* at integrum est danti re integra pœnitere, atque ita repetere. *d. l. 5. Laut. p. 196. in fin.*

Qu. X. *An hæredes quoque jure proprio pœnitere, indeque rem condicere possint?*

Affirm. Nam (1) quod sine causa penes alterum est, repeti potest mortuo quoque dante. *l. 25. in f. ff. rer. amot. l. 32. R. C. &c.* Atqui res data sine causa est penes accipientem quoad promissum secutum non est. Vid. *rat. 4.* Ergo &c. (2) Actio ex contractu vel quasi datur hæredi ex omni causa, ex qua defuncto competiit; §. *1. Inst. de perp. & temp.* (quia in omne jus defuncti succedit. Vid. *Carpz. p. 3. dec. 292. n. 11. seq.*) adeoque & hæc condictio, quæ est ex quasi contractu, *arg. pr. & §. 3. Inst. de obl. quæ quasi ex contr.* uti ergo defuncto condictio ex capite pœnitentiæ competiit, ita & hæredi. (3) In hærede non potest esse obligatio, quæ non fuit in defuncto. At defunctus non fuit obligatus accipienti, ergo nec hæres: Neque enim ab hærede incipere potest obligatio. *l. 59. ff. R. J. tot. tit. C. ut act. ab hæred. &c.* quia non esset suc-

Dissent. Laut. pag. 197. in pr. verb. ita tamen &c.

successio in jus defuncti: Quin (4) manet imperfectum negotium a parte accipientis, quamdiu causa ab ejus parte secuta non est, (nam hunc accipiendo non alium sibi, nec se alteri obligare, omnemque adeo obligationis causam deficere, traditur in *Disp. B. Parent. d. J. pœn. S. 4. §. 2. & 3.* ergo cessat obligatio; Neque enim ex imperfecto negotio jus vel obligatio oriri potest Vid. *Disp. B. Par. De Us. & diff. hod. pact. &c. Sect. 1. §. 1. seq.* indeque etiam hæredi integrum est a negotio recedere & pœnitere *d. disp. d. J. pœn. S. 2 §. f.* Accedit (5) quod non sibi solum, sed & hæredibus suis quis prospicere velle credatur. *L. 9. ff prob.* Vid. *Mev. p. 8. dec. 115. n. 6.* Unde & (6) quicquid aliquis sibi promitti vult, perinde ad hæredes pertinet, ubi non reperitur exceptio *l. 49. ff O. A. Mev. d. l. n. 7.* qualis circa jus pœnitendi non apparet. Neque enim (8) ulla ratio apparet, cur in jure pœnitendi hæres cum defuncto non habeatur pro una persona *Carpz. p. 3. dec. 292. n. 11. seq.* Et cum (9) non tantum ipsi contrahentes, sed & hæredes, condictione vel actione præscriptis verbis ad perficiendum contractum & adversarium, ut vicissim det, compellendum, agere possint. *L. 2. l. 6. C. Cond. ob Caus. dat.* cur non & ad retractandum, si contractus a parte accipientis nondum sit impletus. *Carpz. d. l. n. 9.* Sed & (10) uti in precario ipse, qui dedit pœnitere & repetere *potest, ita* multo magis ejus hæres. *L. 12. §. 1. ff. precar.* Atque hæc *doctrina (11)* in praxi quoque observatur: Ita enim in Curia Vismariensi decisum refert *Mev. part. 8. dec. 115. n. 9.* & in scabinatu Lipsiensi ita pronunciatum ait *Carpz. p. 3. dec. 292.* Eamque sententiam late tuentur *Clud de Condict. 1. c. 3. n. 51. Jas. ad l. 5. pr. n. 2 h.* Conf. late *Disp. B. Par. de Pœnit. in Contr. S. 5. §. 7.* Quicquid dissentiat *Laut. h. pag. 197. ibique Coll. Jur. Arg. Bocer. & Frantz* quibus addatur *Don. l. 14 Comm. 22. in f. Parius cent. 3. q. 97. in f. & alii d. disp. S. 5. §. 6. allegati.* Conf. *Stryk. U. M. h. §. 3. & 7.*

OBJ. (1) *L. 3. ff. Serv. export.* ibi: *si is qui vendidit in eadem voluntate perseveret, hæredis voluntatem non esse exquirendam:* Hæres ergo non potest mutare voluntatem defuncti indeque nec pœnitere.

Varia hic Doctores RESPONDENT; Vide *Mev. d. l. 11. pen.* & *Carpz. d. l. n. 19.* At non opus est cum iisdem ad favorem libertatis provocare, alia via res clara erit; Loquitur enim textus de casu, ubi ipse servus a domino suo alii donatur vel venditur sub lege manumissionis, (non vero ubi res data est ut servus manumittatur) & tunc lapso die fit liber, quia dominus hanc legem traditioni sui servi dedit. Conf. *l. 2. C. si manc. ita fuer. al. & l. 5. §. 2. h.* Indeque hæres amplius pœnitere nequit.

Nec huic responsioni OBSTAT *l 3. §. 3. h.* ubi qui dat ea lege, ut manumittat servum, condicere datum & sic pœnitere potest.

RESP.

Resp. Ibi res datur, ut alterius servus liberetur, si ergo accipiens non manumittat, & dans & ejus hæres condicere datum potest. Secus vero in casu *d. l. 3. ff. serv. exp.* Ubi suum servum dedit, ut liberetur, tunc lex adjecta facit, ut servus post diem ipso jure liber sit, hoc jus in eventum servo lege domini quæsitum, hæres ei auferre nequit, sed ille solus, qui legem dedit.

Obj. (2) *L. 32. §. 2. seq. Don. int. conj.* Ubi hæres non potest contra defuncti voluntatem venire.

Resp. In causis, quæ morte confirmantur, cessat pœnitentia; donatio enim a conjuge facta invalida est inter vivos, nec jus in conjugem ea transfertur; *l. 1. ff. don. int. conj.* at in momento mortis confirmatur, & validum jus conjugi acquiritur, *d. l. 32. §. 2. l. 9. § 2. l. 10. ff. Eod.* quod proinde hæres sua pœnitentia auferre nequit.

Obj. (3) Quod voluntas morte tollatur.

Resp. Inde contrarium sequitur exemplo precarii, nam ideo quia defunctus amplius velle non potest, hæres ejus repetere & pœnitere potest. *L. 12. §. 1. ff. precar.* Nec condictio hæc est ex cessatione voluntatis, sed ex defectu obligationis, uti in rationibus plenius explicavi.

Obj. (4) Quod pœnitentia cohæreat personæ, & cum ea exstinguatur. *L. 4. ff. Locat.*

Resp. Condictio ex capite pœnitentiæ, quæ defuncto competiit, & rei persecutionem continet, personæ non cohæret: Sed si defunctus jus condicendi seu pœnitendi ex defectu obligationis habuit, idem jus transit in hæredes, nam ubi defunctus non fuit obligatus, nec hæres obligabitur, *dict. disp. de jure pœnit. Sect. ult. §. pen.* Vid. quoque *Carpz. d. l. n. 15. seq.*

Qv. XI. *Quibus & adversus quos detur condictio?*

Laut. pag. 197 verb. Datur hæc condictio &c.

Resp. Omnes condictiones, quæ quasi ex contractu sunt, dantur (1) iis, qui aliquid dederunt. *L. 2. l. 3. C. h.* Si vel sine causa dederunt, vel causa secuta non est. *dd. ll. l. 65 in f ff. cond. ind.* (2) iis, qui nihil dederunt, sed quorum negotium est: Ita hæres condicit, quod minor contra aditionem hæreditatis restitutus legati nomine ex testamento solvit *L. 5. Cond. ind.* ita dominus servi condicit nummos, quos hic pro libertate ex testamento invalido consequenda, ab alio rogavit & solvit. *L. 53 ff. Eod.*

Laut. ibid. verb. Adversus illos &c.

Sed & porro condictio datur (1) adversus eos, qui aliquid indebite acceperunt *L. 8. C. h.* (2) contra eos, quorum nomine datum est, etsi nihil acceperint, modo ratihabeant. Vid. *q. seq.* (3) adversus eos, a quibus res, etsi

 aliena,

aliena, bona fide consumta est, quia consumtione domini fiunt. *L. 46. l. 6. §. f. l. 3. cond. ind. l. 9. §. 1. Pign. act.*

Qv. XII. *An si quis falso procuratori solvit, id ab ipso procuratore repeti possit?*

Laut. pag. 197. verb. Si quis falso procuratori &c.

RESP. Distinguendi sunt tres casus: Vel enim (1) Tu quod Titio debes, mihi ejus nomine solvis, & id a me, falso quippe procuratori adeoque indebite solutum, condices. *L. 80. §. f. de furt. l. 65. §. f. Cond. ind.* vel actione furti contra me ages. *L. 14. ff. h.* Vid tamen *d. l. 80.*

Vel (2) Tu, cum mihi quoque debeas, Titii nomine, at citra ejus ratihabitionem, mihi solvis, & hoc casu itidem tu a me condices. *L. 9. ff. Const. pec. l. 8. C. h. l. 14. ff. h.* quia meum negotium est, & ego aliquid accepi. Vid. *q. praeced.* Equidem condictio indebiti tibi non dabitur, *d. l. 8. d. l. 14.* quia revera mihi debes: sed condictio causa data causa non secuta: Nam ideo mihi dedisti, ut libereris a Titio, quae liberatio non est secuta. *d. l. 14.*

Anne vero retinere nummos pro debito meo potero?

Ex stricta juris ratione id NEGANDUM videtur, quia *alia lege* accepi, & obligatio Titii potuit esse fortior, a qua forte liberari magis intererat debitoris: At verius puto condicenti opponi posse exceptionem doli, dolo enim ageret, qui repeteret quod statim restituturus est, & ad quod *solvendum* in continenti & pure (secus ergo si illiquidum vel conditionale sit debitum) obligatur. *arg. l. 53. in f. cond. ind.*

Vel (3) Tu, cum mihi debeas, & Titii nomine mihi solvis, & *Titius* id ratum habet; hoc casu non a me, sed a Titio condices, jam enim ejus est negotium ejusque nomine datum est. *d. l. 14.*

Qv. XIII. *An in hac condictione quoque veniant usurae?*

Laut. pag. 197. verb. Sed non usurae &c.

NEGATUR regulariter: Vid. *infr. tit. 6. q. 19.* Nisi perceptae sint usurae; tunc enim instar fructuum sunt. *L. 34. ff. Usur.* adeoque cum totum negotium hic retractetur, res cum fructibus repeti potest; Utrumque enim est sine causa penes alterum: *l. 38. §. 1. ff. Usur. l. 7. §. 1. Cond. caus. l. 31. pr. ff. R C.* Aliud est, si nondum perceptae sint, tunc enim nulla ratione deberi possunt, *l. 4. C. Cond ob turp.* ne quidem ex mora, quia usurae ex mora saltem in negotiis bonae fidei debentur, *l. 32. §. 2. ff. Usur.* non vero in arbitrariis, uti hic, Vide *supra q. 3.*

LIB.

LIB. XII. TIT. V.

DE CONDICTIONE OB TURPEM CAUSAM.

Qv. I. *An hæc condictio ſit ſtricti juris?*

NEG. Eſt arbitraria, quia eſt ex delicto, §. *31. Inſt. de act.* Conf. *ſup. tit. 4. q. 3. & 13.*

Laut. pag. 198. verb. *Stricti juris.*

Qv. II. *An hæc condictio ſit ex quaſi contractu?*

NEGATUR: Sed ex quaſi delicto, oritur enim ex facto & cauſa turpi ac illicita. *L. 1. pr. h.*

Laut. ibid. verb. *ex quaſi contractu &c.*

Qv. III. *An, ſi cauſa utrinque turpis eſt, melior ſit conditio poſſidentis?*

AFFIRMATUR: *L. 4. pr. h.*

OBJ. *L. 7. §. 1. l. 8. Quod met. cauſ.* ubi adulter repetit ab eo, cui dedit ne prodatur.

Laut. ibid. verb. *Si cauſa reſpectu utriusque &c.*

RESP. Non agitur ibi de condictione, ſed de actione quod metus cauſa; condici enim datum non poteſt, quia allegaret propriam turpitudinem, at ſi actione de metu agit, (ſi ſcilicet juſtus metus intervenerit,) tunc vis quam allegat eſt in ſolo accipiente, neque enim metus ratione ejus, qui illum paſſus eſt, delictum eſt.

Quod vero autor putat hoc caſu lucrum fiſco ceſſurum, id (1) citra juris autoritatem ita aſſeritur. Neque (2) pœnæ citra juris autoritatem fingendæ ſunt, ſed probari debent, ut in inceſtis nuptiis, *l. 4. C. inceſt. nupt.* & aliis ab autore allegatis legibus.

INSTO, quod tamen iniquum ſit, eum qui de metu agit, ex ſua turpitudine lucrum ſentire.

RESP. (1) Non ſentit lucrum, ſed id quod dedit repetit. (2) Neque id repetit ex ſua turpitudine, nam agens de metu vim ac metum ſaltem allegat, qui unice eſt in ferente. Vid. tamen *Stryk. U. M. h. §. 2.*

Qv. IV. *An causa turpi in cautione expressa tota promissio nulla sit?*

Laut. pag. 199. verb. *Sed causa turpi &c.*

Totam rem expedivi *supra l. 2. tit. 14. q. 36.* Ubi distinxi inter factum turpe promissum, & inter promissionem rei licitæ ob causam turpem: illud jure non valere, *l. 26. l. 27. l. 123. V. O.* hoc vero subsistere dixi. Atque de eo casu loquuntur *l. 134. pr. V. O. L. 5. pr. Cond. ob turp. caus. l. 5. C. Inut. Stip.*

LIB. XII. TIT. VI.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

Qv. I. *Cur condictio indebiti sit introducta, cum rei vindicatio sufficere videatur?*

RESP. Jure civili in iis causis, ubi dominium in alterum consensu meo est translatum, rei vindicationem non dari constat: Neque enim vindicare possum rem, cujus dominium meum amplius non est; ideoque ex æquitate *juris* Gentium, si forte justa causa deficit, mediante condictione, jus *mihi salvum* est: Cum ergo hæc condictio, ut & reliquæ, ex æquitate naturali dentur, *l. 66. h.* inspicitur, non quid ex formula juris civilis, sed quid jure gentium & ex naturali æquitate est debitum vel indebitum, *L. 47. in f l. 64. ff. h.* Vid. *sup. q. 2.*

Qv. II. *An condictio indebiti sit stricti juris?*

AFFIRMATUR: Nam cum is qui non debitam pecuniam solvit, alterius negotium gerat, indeque in condictione indebiti negotium inter partes contrahatur, *l. 33. ff. h.* merito ad negotia vel bonæ fidei vel stricti juris pertinere debet. Vide *B. Par. in Hyp. Inst. de act. §. 23.* Non autem pertinet ad negotia bonæ fidei; tum quia in *§. 28. de actionibus* non continetur, tum quia usuræ ex eo negotio non præstantur, *l. [illegible] C. h.* tum denique quia tota ratio negotiorum bonæ fidei (de qua *infra tit. de obl. & act.*) hic cessat: Necessario ergo erit stricti juris: Secus ac in reliquis condictionibus, quæ sunt arbitrariæ. Vide *tit. praced. q. 3. & 13. & infra q. 20.*

Laut. pag. 200 verb. *& quidem ad condictionem certi.*

Qv. III. *An tunc demum detur condictio certi, quando dominium in alterum translatum est?*

Ita putat Autor: & condictionem incertam dari, ait, ubi non dominium, sed possessio, promissio, vel acceptilatio repetitur. Verum *infra tit. de Cond.*

Cond. tritic. q. 1. demonſtrabitur, condictionem certi locum demum habere, ſi pecunia numerata repetitur; in omnibus autem reliquis caſibus, ſive dominium translatum ſit, ſive quodlibet aliud jus, condictionem incerti ſive triticariam dari. Vid. *l. 1. pr. d. Cond. trit.* & *l. 12. ff. de Novat.*

OBJ. *L. 33.* ibi: *quia nihil accipientis faceret, ſed ſuam rem dominus habere incipiat. ff. h. t. l. f. in fin.* ibi: *& proditum eſt, neminem rem ſuam niſi furi condicere poſſe.* Conf. §. *14. Inſt. de act. l. 53. h. t.* In quibus omnibus dicitur condictionem non dari ei, qui dominium non tranſtulit.

RESP. Ibi nec condictio certi nec incerti datur, quia id quod actoris jam eſt dari petitur, quod quis autem jam habet, id ei dari amplius nequit. *d.* §. *14.*

QV. IV. *An cautio & promiſſio hac actione condici poſſit, an tantum condictione ſine cauſa?*

Prius AFFIRM. (1) ex *l. 31. ff.* verb. *indebiti promiſſi habet condictionem, h. t.* (2) *l. 3. C.* ibi: *cum & ſoluta indebita quantitas repeti poſſit, multo facilius quantitatis indebitæ interpoſitæ ſcripturæ condictio competit &c. h. t.* (3) *l. 5. in f.* ibi: *ſi falſo exiſtimans ſe damnatum dare, promiſiſſet &c. etiam incerti condicere eum poſſe, ut liberetur. ff. A. Emt.* Idem quoque (4) dicitur in *l. 2.* §. *3. & 4. ff. &c. donat.* & *l. 6. C. Jur. & fact. ign.*

Laut. pag. 200. verb. *Ad condictionem incerti*

OBJ. *L. 2. & l. 4. C. Cond. ex lege* ubi datur condictio ſine cauſa.

RESP. In *d. l. 2.* ſolutum eſt debitum, & retentum chirographum ſine cauſa: In *d. l. 4.* chirographum ſpe numerationis datum eſt, cum nulla cauſa quidem eſſet, ſed ſpes, non error, debiti. In neutro ergo agitur de indebito per errorem ſoluto, ſed in *d. l. 2.* agitur de vero debito; in *l. 4.* non errore, ſed ſpe datum eſt.

QV. V. *An ille qui errore, putans ſe beneficium accepiſſe, remunerandi cauſa aliquid dat, illud condicere poſſit?*

RESP. Prout hic proponitur quæſtio, verum eſt, quod is, qui remunerandi cauſa, putans ſe beneficium accepiſſe quod non accepit, aliquid dat, repetere non poſſit; non ideo quaſi ex naturali debito imperfecto ſolverit, uti Autor putat, ſed quia ipſa datio cauſam veram, ſcil. donationem, continet: Non ergo quia debitum naturale fuit, ſed quia donatio eſt, quam non impedit falſa cauſa, *l. 52. l. 165.* §. *2 h.* nedum opinio beneficii accepti. *ibid.* Retinet ergo qui accepit, non quia ante debitum fuit natura, ſed quia nunc donatum,

Laut. p. 200. verb. *Hinc ex obligatione &c.*

tum; non ex causa præcedente solutionem, sed ex ipsa solutione, quæ donatio est. *arg. l. 3. §. 7. Cond. caus. dat.*

Secus ergo si tanquam ex alia causa, forte putans se mutuo accepisse cum non acceperit, solvit ei a quo beneficium olim accepit, id enim repetit, quia causa nulla est; non enim est mutuum, quia id non contraxit; nec beneficium pro causa habetur, quia hoc non producit obligationem nec civilem nec naturalem, adeoque nullam quæ effectum juris habeat. Vid. late *tract. de princ. Jur. Nat. part. 1. quæst. 4.* Et cessat quoque ratio quæ ante fuit, scil. animus donandi, cum animum solvendi habuerit; condictio autem tunc datur, quando partes errore facti putant deberi ex causa ex qua traditur, hic autem partes ex beneficio nec solvunt, nec accipiunt, nec deberi id credunt, sed ex alia causa. Vid. *Laut. p. 202. in fin. ibique late Dd.*

OBJ. (1) Quod uxor, quæ putat se ex dote obligatam solutum repetere non possit, quia sublata causa juris, manet tamen causa pietatis, ex qua solutum non repetitur. *L. 32. §. 2. h.*

RESP. (1) Casus ibi est ubi mulier putat se pro dote obligatam, quod putare non potest nisi sit vel mater vel avia; in his igitur est causa *pietatis*, ut dotem dent filiabus, iisque conditionem quærant; sublata igitur causa obligationis, manet causa pietatis. Secus ergo si extraneus dotem ex errore solverit. *l. 9. ff. 1. Cond. caus. dat.* ibi: *igitur adversus mulierem condictio ei competit:* Unde in casu *Tuldenii h. n. 5.* ubi repetitio dotis supposititiæ filiæ datæ negata est, male judicatum puto. Sed & (2) nego gratitudinem pro pietate, uti in *d. l. 32.* hæc accipitur, haberi: mater enim ex naturali pietate tenetur dotare, at donatarius non tenetur remunerare.

OBJ. (2) *L. 25. §. 11. ff. Pet. hær.* Ubi dicitur donatorem donatarium sibi ad remunerandum naturaliter obligasse.

RESP. Obligatio naturalis ibi improprie sumitur pro ea, quæ ex virtute est, *B. Par. Hyp. Inst. tit. de oblig. §. 2.* eodem modo uti fideicommissa ex pudore eorum, qui rogabantur deberi dicitur in *§. 1. Inst. de fideic.*

OBJ. (3) *L. 54. §. 1. furt.*

RESP. Non ibi quæritur, an illi, qui remunerationem accepere, natura obligentur; sed an locupletiores facti sint? quod omnino affirmatur; nam lucri instar est, quod fieri & sperari remuneratio possit, is enim eventus, etsi incertus, est æstimabilis. Non ergo utilitas in eo est, quod certo accepturus sit, sed quod spem habeat.

Male autem *Bachovius* & *Bockelmannus* distinguunt, an solvens se putet ad

ad remunerandum obligatum, & sic errore juris solvat, an non; illo casu non concedunt repetitionem, hoc vero casu concedunt.

Sed Resp. (1) vix quisquam tam ineptus erit, ut nesciat, si sibi donatum sit, se ideo non teneri ad restituendum. (2) Utroque casu est animus remunerandi, adeoque & donandi. Plenius hanc materiam excussit *B. Par. in disp. de Antidoris*, quo me remitto.

Qv. VI. *Quidnam sit debitum, quid indebitum?*

Præmittendum hic est, condictiones ex æquitate naturali oriri. Vide supra *tit. 4. q. 2. & hoc tit. q. 1.* Indeque inspici hic non quod ex sola formula juris Civilis, sed quod jure Gentium, & ex æquitate naturali debitum vel indebitum est. *L. 47. in f. l. 64. h. t. quæst. 1.*

His ita præmissis dicimus in materia condictionum DEBITUM esse (1) Debitum *Naturale*, *l. 26. §. 12. cond. ind.* (id est, quod omnes effectus debiti habet præter actionem. Vide *tit. de Pact. q. 39.*) quia is qui contra æquitatem naturalem repetere vult, dolo quodam petit, nam dolo agit qui etiam occasione juris Civilis contra æquitatem naturalem repetit. *L. 1. §. 1. de dol. Exc.* Atque hinc est quod nudo pacto promissum, & errore facti solutum, non repetatur, quia naturalis obligatio subest. Vide *Lauterbach. pag. 202.* ubi plura exempla refert.

(2) Debitum *Civile*, etsi temporaria (secus si perpetua, de qua infra) exceptione elidatur. *L. 40. pr. Cond. ind. l. 26. §. 3. h.* quia debitum ea non negatur, vel tollitur, sed saltem differtur. Atque hinc fidejussor, omissa divisionis exceptione, totum solvens, partem confidejussoris a creditore non repetit. *L. 49. §. 1. de fidej. Laut. p. 202. in med.*

(3) Quod in diem debitum est, *l. 10. h. t.* quia id natura quoque debetur, neque dies debitum tollit, sed solutionem saltem differt. Vid. *q. 8. de interusurio.* Vide *q. 9.*

(4) Si solvitur pecunia mutua a filiofam. debita; quia non totum debitum jure Civili improbatur, sed sola actio; idque in odium fœneratorum: *l. 40. pr. h. l. f. ad SC. Maced.* Vid. *Laut. p. 202.*

(5) Quod mihi a debitoris mei debitore solvitur. *l. 44. h. t.* Vid. *q. 13. & l. 44. tit. 7. q. 7.*

(6) Quod dominus servo debet; hoc enim, si manumisso solvat, condicere nequit; *l. 64. h. t.* quia natura debuit. *d. l.*

(7) Quod animo donandi solvitur. Vid. *q. 5.*

Sunt quoque (8) specialissimi casus, ubi is, qui nec jure civili nec naturali debet, repetere tamen solutum nequit. Uti (α) quod intuitu piæ causæ solvitur, forte si mater putans se obligatam ad dotem aliquid solvit, id non repetitur; *l. 32. §. 2. h.* quia cessante vinculo juris manet causa pietatis. *d. l.* Secus ergo si extraneus ex eo errore solvat. Vid. *Bus. ad d. l. 32. Mev. p. 2. dec. 190.* Conf. *Sup. q. 5. Obj. 1.* (β) Quod ex causa solvitur, quæ inficiando crescit in duplum, *l. 4. C. h. §. fin. Obl. quæ quas. ex contr.* atque hinc si quis ex lege Aquilia, vel ex deposito miserabili conventus damnum datum solvit, licet damnum non dederit, habetur pro debito; nec datum repetit, quia videtur solvisse, ne condemnatus duplum solvere teneatur: Et sic, cum de duplo transegisse videatur, quasi ex contractu hoc debitum oritur. *dd. ll.* *Hodie* hic solutum habetur pro indebito, quia duplum ejusque metus hodie cessat. *Grœnw. ad l. 4. C. h. Laut. p. 208. in pr.* (γ) Huc quoque pertinet, si pater creditori filii sui solvat ultra peculium, *l. 11. h.* etsi enim nec is ullo jure debeat, tamen contra officium pietatis paternæ esset solutum pro filio repetere.

Facile jam ex dictis apparet, quidnam sit INDEBITUM: Scilicet (1) quod nullo jure nec naturali debetur, nam hoc semper (exceptis *casibus ante* sub *n. 8.* recensitis) repeti potest, quia res sine causa est penes *alterum. L. 41. l. 7. h. l. 9. C. ad L. falc. l. 32. Reb. cred.* Atque hinc (α) pupillus, cum læditur, habet condictionem, quia nec naturaliter obligatur. (Vid. *tit. Pact. q. 30.*) Minor debet quidem, & non repetit; sed datur ei restitutio, si læsus est. *L. 2. C. si adv. sol.* vel utilis condictio intra tempora restitutionis. *L. 25. l. 5. h.* (β) Neque ex testamento imperfecto, *l. 7. C h.* vel ultra falcidiam, *l. 1. l. 9. C. ad leg. falc. &c.* solutum pro debito habetur, sed condici potest: Idem quoque est, (γ) si sub conditione debetur, *l. 16. h. t.* quia nec debitum præsens est, nec necessitas præstandi. Vide omnino *Laut. pag. 201. in pr.* Huc quoque pertinet (δ) si obligatio ipso jure exstincta est, uti solutione, compensatione, &c. nam nullo jure hic debitum subest.

Atque ex his apparet, eandem rationem subesse (ε) debito per confusionem sublato, illud enim quoque indebitum est, de quo est *l. 38. h. t.* Cum vero hic textus inter desperatos vulgo referatur, liceat paucis ejus sensum hic evolvere. Casus hic esto:

Duo sunt fratres *primus* & *secundus*; Uterque a patre accepit 100. peculii nomine, *primus secundo* dat mutua 100. (Hic notandum, patrem vi patriæ potestatis acquirere creditum per *primum* filium, quia pater & filius in acquirendo habentur pro una persona; *§. 4. Inst. de inut. stip.* & debitum per *secundum* filium, quia ei permisit administrationem, unde peculiotenus tenetur ex ejus facto. *§. 4. Inst. Quod cum eo &c.*) Mortuo parte conferuntur peculia, quia

quia in patris bonis ſunt, indeque *primus* confert jus crediti, *ſecundus* vero debitum quod peculio inhæret.

Facta diviſione hæreditatis *ſecundus*, memor debiti, ſolvit 100. fratri *Primo*, quæritur in *d. l. 38.* an ſolvens condicere illa 100. tanquam indebita poſſit? Equidem pro ea parte, pro qua ipſe ſolvens patri hæres exiſtit, res dubio caret, & eatenus omnino *ſecundus* repetere ſolutum, indeque 50. condicere poteſt: Nam *ſecundus* filius, idemque debitor, pro ſua rata patri ſuccedit tanquam creditori, (dixi enim ante patrem creditum filii *primi*, quia peculiare eſt, jure patriæ poteſtatis acquirere,) cum ergo hactenus & creditor & ſimul debitor foret, indeque 50. a ſe ipſo petere deberet, neceſſario obligatio naturalis, quæ fuit, per confuſionem pro ea parte perimitur: Et *ſecundus* ſi nihilominus illam partem ſolvit, tanquam indebite ſolutam condicere poteſt.

At pro ea parte, pro qua frater *Primus*, idemque creditor, patri hæres exiſtit, adeoque ratione reliquorum 50. major difficultas eſt; & ibi diſtinguit JCtus, an tantundem ac *primo* ſolutum eſt ex *ſecundi* peculio ad *eum* pervenerit, an non?

ILLO CASU *ſecundus* omnino etiam reliqua 50. repetere poteſt. Nam hæc pars debiti exſtincta fuit hoc ipſo, dum *primus* hæres exſtitit patri, quippe ad quem peculium *ſecundi* fratris cum ſuo debito peculiari pertinebat, quod proinde *primus* tanquam hæres pro dimidia ſolvere tenetur: Et hoc eſt, quod JCtus ait, *pro ea vero, qua frater hæres extiterit, ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſſet, naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quod peculii partem frater ſit conſecutus.* Adeoque hoc caſu *ſecundus* frater, idemque debitor, totam ſummam fratri creditori ſolutam condicit; Vindicat enim (1) dimidiam partem, pro qua *ipſe* patri (cui creditum *primi* fratris jure patriæ poteſtatis quæſitum fuit, & qui proinde creditor peculiaris factus eſt), hæres exiſtit; (2) alteram dimidiam, pro qua *frater* patri ſuo (cui debitum *ſecundi* filii acquiſitum fuit, & qui proinde debitor peculiaris factus eſt), hæres exiſtit; nam cum jam ratione hujus portionis ipſe incipiat eſſe & creditor & debitor, per confuſionem perimitur obligatio, & ſic ſecundus, ſi ſolvit, indebite ſolvit.

HOC CASU, ſi *primus* plane nihil ex peculio accepit, forte quod *ſecundo* peculium quod habuit prælegatum ſit, hic reliqua 50. quæ ſolvit, repetere nequit; nam *primus* ratione hujus peculii non eſt hæres patris, adeoque non poteſt dici confundi obligatio indeque perimi: ſed *primus* frater deducere hoc debitum ex peculio prælegato poteſt, idque ita tradit JCtus *in d. l. 38.* ibi: *adeo ut ſi prælegatum filio eidemque debitori id fuiſſet, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret.*

 Sed

Sed quid si minus quam adhuc debitum est frater creditor ex peculio fratris debitoris consequatur?

Resp. Tunc cessat repetitio, neque frater debitor indebitum solvisse videtur; nam frater creditor, cui solutum est, hactenus non est hæres debiti paterni; neque confusio quædam erit, quia non succedit suo debitori, neque in peculio, quia plus est in debito quam peculio, neque etiam in reliquis bonis, quia illorum ratione pater non est debitor, sed saltem ratione peculii.

Confirmat hoc JCtus exemplo extranei, qui si post mortem patris debitum peculiare a filio *secundo* exigit, hic dimidiam a *fratre primo*, cohærede, repetere potest, quia peculium cum suo debito in bonis patris fuit, cujus hæres est frater *primus*, indeque pro rata hoc debitum peculiare ad eum transit. *d. l.* ibi: *idque maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus probaret: Si extraneo quid debuisset, & ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiæ herciscundæ recuperaturum a cohæredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset.*

Adeo autem transit hoc debitum peculiare pro rata in fratrem *primum*, ut *secundus* conventus ab extraneo agere contra fratrem *primum* possit, ut pro rata solvat: *d. l.* ibi: *igitur & si re integra familiæ herciscundæ agatur, ita peculium dividi æquum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a cohærede præstetur.*

Hinc jam concludit JCtus: *porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.* i. e. Si debitum peculiare, quod *secundus* frater extraneo debet, mortuo patre *primus* frater, idemque cohæres, pro parte præstare debet, nedum id præstare debebit, si ipsi ex peculio *secundi* fratris debetur; nam utroque casu, cum hæres sit patris, qui ex debito illo peculiari tenetur, hoc debitum ad *primum* fratrem pro rata pertinet.

Etsi vero *Grœnw. ad d. l. 38.* putet dispositionem hujus legis hodie non amplius observari, quia pater non amplius acquirit per filium: Tamen, cum ratio hæc moribus Germaniæ fallat, (vide *supra L. 1. tit. 6. q. 20.*) non video, qui jus Civile mutatum dici possit.

Indebitum (II) quoque est, quod *natura* quidem debetur, sed jure civili ex justa causa vel tollitur, vel reprobatur, perpetuaque exceptione eliditur, uti (1) si juratum est nihil deberi, *l. 2. Jurej.* vel id judicatum sit, etsi revera debeatur; *L. 13. quib. mod. pign. l. 26. § 3. h.* hoc enim tum ex utilitate publica, tum quia inter partes ita transactum est, jure Civili habetur pro indebito, indeque solutum repeti potest. *dd. ll.* (2) Quod vi metuque promissum natura debetur; *L. 21. §. 4. Quod met. caus.* at debito huic obstat jure Civili exceptio perpetua. *l. 9. §. 3. quod met. caus.* Ita si fœmina intercedit, natura debet, sed tol-

tollitur hoc debitum exceptione perpetua SCti Vellejani. *tot. tit. SC. Vellej.* Utroque ergo casu solutum condicitur. *Laut. p. 201. in f.* Vid. *l. 40. pr. h.* Alius casus est in *l. 9. §. p. SC. Maced.* de quo vide *q.* Atque ita solutæ usuræ ultra alterum tantum, etsi natura debeantur, tamen quia jure civili improbatæ sunt, tanquam indebitæ condicuntur. *l. 26. §. 1. h. l. 27. §. 1. Usur. Nov. 121. Nov. 138.*

Secus autem est, si non totum debitum perpetua exceptione eliditur, sed sola actio; ut si debitum filiif. eliditur exceptione SC. Macedoniani; hæc enim non debitum, sed in odium fœneratorum solam actionem tollit; adeoque si solvit filius indeque actione opus non sit, non potest condici, quia debitum manet. *l. 40. pr. h. Laut. p. 202.* Vid. *infr. L. 14. tit. 6.*

OBJ. Quod aliquoties in præcedentibus dictum sit sufficere in condictionibus debitum juris Gentium; at hoc in præmemoratis casibus subest.

RESPONSIONEM, vide *infra q. 10.*

QU. VII. *An id, quod pupillus sine tutoris autoritate promisit, & solvit, tanquam indebitum condici possit?*

AFFIRM. Quia pupillus nec natura, & sic nullo jure debet, indeque solutum condicere potest; tum quia ejus præjudicium est, tum quia jus Gentium hic inspicitur, quo pupilli non obligantur. *L. 41. ff. h.* Secus in minore, quia natura debet, indeque non condicit, sed læsus restituitur; de quo plenius *supra L. 2. t. 14. Qu. 30. & seq.*

Laut. pag. 201. verb. Quod pupillus sine tutoris autoritate &c.

DISSENTIT *Vinn. ad §. 9. J. de inut. stip.* quia pupillus natura obligatur, *d. §. 9.* At hoc tantum certo respectu, & ex ratione juris Civilis verum esse, & certis saltem casibus, sub quibus hic non comprehenditur, pupillum obligari, plenius *dict. quæst. 30.* demonstravi.

QU. VIII. *An id, quod in diem debetur, & ante solutum est, repeti possit?*

NEGATUR: Quia ibi jus statim natum est, & dies non debitum excludit, sed solutionem saltem differt, idque ita traditur in *l. 10. & l. 17. h. l. 1. §. 1. ff. Cond. & dem. l. 21. Quand. dies leg.*

Laut. pag. 201. verb. Quod vero in diem &c.

OBJ. *L. 1. §. 2. Cond. & dem. l. 4. pr. Quand. dies legat.* Ubi legatarius, (cui in diem legatum est, scilicet, in casum si hæres moritur) si ante diem moriatur, ad hæredem nihil transmittit, quod omnino fieret, si actu ipsi jam jus quæsitum & verum debitum esset.

Resp. Ibi dies incertus est an sit exstiturus, qui pro conditione est; *d. l. 4. pr.* nam etsi certum sit, quod hæres sit moriturus, tamen incertum est, anne legatarius sit præmoriturus, quæ incertitudo facit conditionem. *l. 75. ff. de Cond. & dem. l. 22. pr. Quand. dies leg.*

Qv. IX. *Anne interim interusurium peti possit?*

Laut. pag. 201. verb. Nec interusurium.

NEG. Nam cum verum debitum sit, etsi peti nondum possit, non indebite solvit, indeque nec usuras illa ratione solvens exigere potest. Inprimis cum nec tum, quando res indebite soluta condicitur, usuræ peti possint. *L. 1. C. h.* Unde in *l. 26. C. Usur.* deciditur, quod principali actione non subsistente (uti hic, ubi plane nulla est) supervacuum sit super usuris judicem cognoscere.

Obj. *L. 39. h. l. 10. §. 12. l. 17. §. 2. Quæ in fraud. &c.*

Resp. Nulla harum legum loquitur de interusurio, sed prior de cautione omissa, quod illa, si per errorem omittatur, condici possit, reliquæ de soluto in fraudem creditorum; quod itidem a creditoribus tanquam indebitum condici potest.

Dissentit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 2.* Vide omnino *Goth. ad d. l. 10.* ubi autoritates pro utraque sententia allegat.

Qv. X. *An debitum vel indebitum hic æstimetur ex sola æquitate naturali?*

AFFIRM. Idque tum rationibus tum legibus passim demonstravi supra *t. 4. q. 2. & sup. q. 6. in pr.* Conf. *Lauterbachius pag. 202. pr.*

Obst. *L. f. SC. Maced.* ubi dicitur, quod mutua pecunia a filiof. contracta exigi ab eo non possit, etsi paterfamilias factus per ignorantiam facti novaverit: hic vero est natura debitum.

Resp. Quia hoc debitum jure Civili improbatur, nec natura debetur; & obligatio naturæ, jure Civili reprobata, definit, quia lex liberat quoque conscientiam, id quod in re judicata, & causa per juramentum decisa &c. satis apparet. Inprimis cum ex justa causa & in pœnam fœneratoris, obligatio reprobata sit: Atque hinc in dicta lege nec ex mutuo actio datur, propter *SC. Macedonianum*, nec ex novatione, quia ex errore fecit.

Qv. XI. *An judicis ſententia iniqua abſolutus ſolutum condicere poſſit tanquam indebitum?*

AFFIRM. (1) Quia injuria judicis condemnatus pro vero debitore habetur, vide *Laut. p. 202. pr.* ergo & ea abſolutus pro non debitore haberi debet; major enim favor eſt abſolutionis. *L. 47. ff. de Obl. & act.*

Laut. pag. 202. verb. *It. in eo, qui injuſta ſententia &c.*

Accedit (2) quod debitum, cui perpetua exceptio obſtat, repeti poſſit; *l. 26. §. 3. l. 40. Eod. Vid. ſup. q. 6.* at creditori agenti contra debitorem abſolutum obſtat perpetua rei judicatæ exceptio, indeque, ſi hic ſolvit, repetere poteſt.

(3) Sententia judicis, etſi iniqua, propter utilitatem publicam habetur pro veritate. *L. 25. ff Stat. hom. l. 5. de agn. & al. l pen. de Juſt. & jur.*

Atque hinc (4) nec propter inſtrumenta noviter reperta retractari poteſt. *L. 4. C. re jud. Laut. ad tit. de re jud. in f.*

Accedit (5) Quod partes adeundo judicem quaſi tranſigere videantur, quod ejus ſententia ſtare velint, atque ex hoc transacto natura quoque obligantur, etſi judex inique pronunciet.

Atque hinc (6) ſententia lata non amplius quæritur, an debitum, ſed an judicatum ſit, indeque novatio fieri dicitur. *Lauterb. p. 637.*

Ita (7) in *l. 13. Quib. mod. pign. ſolv.* abſoluto debitore injuria judicis pignus liberatur, quod falſum eſſet, ſi naturale debitum maneret; pignus enim naturali quoque debito accedit.

Sed & (8) quæ non inde orirentur confuſiones? Sane debitor etiam jure abſolutus ita nunquam tutus eſſet, quia omnis creditor debitorem injuria abſolutum dicet: indeque poſſet ab hoc pecuniam mutuam accipere, eique poſtea repetere volenti exceptionem compenſationis ex priſtino debito opponere: Vid. *Laut. p. 273.*

Denique (9) hoc ipſum in quæſtione eſt, an juſte ſit abſolutus, an injuria; & hoc per ſententiam ſemel deciſum eſt, nova ergo lis deſuper intentari non poteſt: nec unquam alias litium finis eſſet.

Atque ita (10) ſentiunt acutiſſimi JCti *Struv. h. th. 38. Treutl. h. §. 10. tit. a. Cuj. in tr. ad Afr. 8. ad L. 21. commod.* Quicquid diſſentiat *Vinn. L. 1. ſel. qu c. 49. p. m. 251.* & *Laut. pag. 202. ibique Dd.* In foro nihil mutatum apparet, nec præjudicia in contrarium exſtant.

OBJ. (1) *L. 28. h. t.*

RESP. Agi ibi de eo, qui potuit appellare, at ultro, & ſponte ſua, neglecto

glecto juris beneficio, solvit; hic repetere nequit: Vel, agit de eo, qui forte conscientia convictus se debere ita solvit, tunc enim pœnitere postea nequit, quia semel agnovit debitum.

Obj. (2) *L. 60. ff. Cond. indeb.* Ubi sententia judicis absolutus natura debitor manet.

Resp. Casus ibi est, ubi non expectata sententia judicis debitor ultro solvit, adeoque recessit a lite, & a sententia, quæ proinde, si sequitur, caret illo fundamento rei judicatæ & quod partes in eam consenserint, jam enim aliter pacti sunt.

Obj. (3) *L. 8. §. 1. Rem. rat. hab.* ubi debitori injuria judicis absoluto, si solutum repetere vult, obstat exceptio doli, quia natura manet debitor.

Resp. Debitor hic absolutus est non a debito, nam hoc ipse semel agnovit, & procuratori creditoris solvit: sed absolvitur ab actione, quam creditor, qui solutionem procuratori factam non ratihabebat, contra debitorem instituit: Hic ergo naturale manet debitum, quia actio saltem injuria judicis contra verum debitorem denegatur creditori, debitum autem fuisse utrinque in confesso erat.

Casus hic est: Procurator meo nomine sub cautione rati exigit 100. a debitore meo Cajo: Ego ratum non habeo, indeque ago contra Cajum, sed injuria judicis pronunciatur Cajum rite procuratori solvisse: Interim procurator mihi solvit illa 100. & Cajus injuria judicis absolutus agit contra procuratorem ex stipulatu de rato, (nam cum dominus non ratihabuerit, ideo agere ex stipulatu contra procuratorem caventem potest) si jam ego suscipio defensionem hujus procuratoris, repellere possum debitorem Cajum exceptione doli, quod scilicet dolo agat, cum repetere vult illa 100. quæ natura mihi debebat, indeque recte procuratori meo nomine, & me jam ratihabente, solvisset.

Insto, videri eum absolutum ab ipso debito, tum ex verbis *litem amisit*, tum quia dicitur, *naturale debitum manere.*

Resp. Lis fuit non an debitum fuerit, hoc enim uterque fatebatur, sed an rite procuratori solutum fuerit, & hoc per injuriam judicis affirmabatur, Indeque debitor absolutus est non a debito, sed ab actione, quam dominus (cujus procuratori debitor jam solverat) instituebat; idque vel exinde confirmatur, quod debitor Cajus, injuria absolutus non condicat solutum procuratori, tanquam indebitum, sed agat ex stipulatu, quia id quod cavit, nimirum dominum ratihabiturum, revera non præstitit: sed & hæc actio inutilis est, si dominus accepta pecunia procuratorem in lite defendat, eoque solutionem factam ratihabeat. Conf. *Disp. B. Par. de Injuria judicis absoluto.*

Qv. XII. *An solutum ex imperfecta obligatione condici possit?*

RESPONSIONEM vide supra *quæst. 5.*

Laut. pag. 202. verb. Imperfecta vero & minus plena &c.

Qv. XIII. *An etiam id, quod debitoris mei debitor mihi solvit, indebitum sit, indeque condici possit?*

Videtur AFFIRMANDUM, quia debitoris mei debitor mihi nullo modo nec civiliter nec naturaliter obligatur: Unde *Laut. p. 202.* tum demum condictionem concedit, si debitoris mei debitor hujus nomine mihi solvat: Verum simpliciter potius dicendum, quod, si debitoris mei debitor ex errore mihi solvat, non sit indebitum: etsi enim is civiliter mihi non debeat, tamen ex bonis ejus mihi debetur, quia 100. quæ debitori meo debet, sunt in hujus bonis, & sic etiam in meis. *L. 49. l. 143. l. 213. §. 1. V. S.* Et exceptio doli obstat ei, qui repetit a me, quod statim restituturus est debitori suo, & hic mihi: Atque hæc egregie juri Gentium conveniunt, cujus principia explicavit *B. Par. in Disp. de oblig. hær. ex del. def.* Atque de hoc casu loquitur *l. 44. ff. de Cond. ind.*

Laut. p. 202. verb. & de hoc casu accipienda est L. 44.

Secus ergo ubi debitoris debitor non est, ut in *l. 19. §. 1. h.* ubi quis tanquam hæres solvit defuncti creditori, cum plane hæres non sit, adeoque non debeat, tunc repetitio competit solventi, quia indebitum dat. *Mev. 2. dec. 113.*

Cum vero *d. l. 44.* ejusque ratio hactenus satis explicata non fuerit: casum ex disputatione mea *de assignationibus*, quæ sub nomine B. Parentis prodiit, referam: qui in §. 27. quibusdam verbis mutatis, ita recensetur: *Primus* debet *Tertio* 100. ut vero se liberet, mandat suo debitori *Secundo*, ut 100. solvat creditori *Tertio*. *Secundus* solvit quidem *Tertio*, at non nomine *Primi*. sed nomine proprio (licet revera non debeat); hic ergo videbatur *Secundo* danda condictio indebiti, quia solvit indebite, sed ait JCtus: *Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, etsi ab alio* (scil. Debitore) *quam vero debitore solutum est.* Adeoque non datur condictio indebiti. Ratio hujus rei ex intimis juris gentium principiis desumenda est. Nam agit textus de debitoris debitore, id est de casu, ubi *Secundus* erat debitor *Primi*; Hic vero iterum debitor *tertii*. Hoc casu *tertius* creditor jus habet in omnibus bonis sui debitoris *Primi*, adeoque & in omni eo, quod huic primo debetur (nam hoc quoque in ejus bonis esse dicitur *l. 143. l. 213. §. 1. V. S.*) & consequenter etiam in eo quod *secundus* debet *primo*. Si proinde hic *secundus* solvit *Tertio*, scil. sui creditoris creditori, non potest dici *tertium* indebitum accepisse, quia quodammodo jus habebat, uti vidimus, in bonis *secundi*.

Hinc jam apparet, cur JCtus dicat, *quod hic Tertius suum recipiat, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est*, nam etsi *Tertio* non solutum sit a vero debitore, id est *Primo*, tamen ab alio, scil. debitoris debitore id est *secundo*, solutum est, & cum *tertius* mediate in *secundi* bonis jus aliquod habuerit, recte ait JCtus, quod *tertius suum receperit*, adeoque non indebitum.

Tota vero ratio hæc cessat, quando *Secundus* non debet *Primo*, adeoque ubi *Secundus* non est debitoris debitor, tunc enim si *secundus* solvit *Tertio*, omnino condictione indebiti solutum repetet: Et de tali casu agit *l. 19. §. 1. de Cond. ind.* Ut proinde hi textus plane invicem non obstent. Conf. *L. 47. tit. 7. q. 7.*

Qv. XIV. *An is, qui ex errore juris solvit, repetere solutum possit tanquam indebitum?*

Laut. pag. 204. verb. *In jure errans &c.*

NEGATUR: (1) *L. 10. C. Jur. ign. cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio: per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.* Idem dicitur in *l. 9. pr. ff. h.* Ita *l. 6. C.* verb. *errore facti h. t.* Conf. reliquos textus autoris. (2) Subest hic justa causa, nam legem ignoranti denegatur actio, & sic in pœnam jus ei aufertur, indeque habetur pro sciente, & donasse videtur. *l. f. C. ad L. falc. l. 48. pr. de fidej.* Vid. *Laut. h.* Sed & (3) juris error prodest tantum rem suam petentibus, *l. 7. ff. Jur. ign.* adeoque cum certant ac contendunt ne rem suam amittant, non autem prodest ad id, ut suo facto amissam recipiant, ut hic.

OBJ. (1) Omnes illi textus, ubi simpliciter dicitur errore solutum repeti posse.

RESP. In tot aliis id limitatur & restringitur ad errorem facti, ut in *l. 6. l. 7. C. h. l. 6. l. 7. l. 10. C. Jur. ign.* utpote qui proprie & ex ratione juris demum *error* dici potest; juris enim error scientiæ æquiparatur.

OBJ. (2) Omnes illi textus, ubi dicitur solam scientiam impedire repetitionem. *L. 24. l. 26. §. 3. h. l. 5. R. J.* non ergo error juris.

RESP. Ignorantia juris comparatur scientiæ, & paria sunt scire, & scire debere. *L. 8. ff. leg. Aquil.* Quin stulti dicuntur in jure errantes. *L 9. §. f. vers. Quod si ff. de jur. ign.*

OBJ. (3) Iniquum esse, eum, cui nihil debetur, propter juris errorem dominum repellere posse, & solutum lucrari: At condictio datur ex æquo & bono. *L. 32. ff. R. C.*

RESP. Non est iniquum, si dominus in jure errans suo facto transtulit; sed contra, æquitas est, ne propter stultitiam actio detur, & succurratur jus ignoranti: *d. l. 9. §. f.* Adeoque hic est vera pœna ignorantiæ.

OBJ.

OBJ. (4) Quod error juris non noceat ſuum petenti. *L. 7. ff. Jur. ign.*

RESP. Hic non petit ſuum, ſed ſuo facto amiſſum repetit.

OBJ. (5) *L. 7. de Cond. cauſ. dat. d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 32. ſ. 1. l. 38. l. 59. h. l. 5. C. h. l. 79. de leg. 2.*

RESP. In omnibus his textibus agitur de errore facti.

OBJ. (6) Quod ex errore juris ſolutum ſine juſta cauſa penes alterum, indeque æquum ſit, ut reſtituatur. *L. 32. Reb. Cred.*

RESP. Subeſt (1) cauſa donationis, quia ſi errore juris ſolvit, habetur ac ſi ſciens donaſſet; & hæc præſumta donatio. (2) quodammodo eſt pœna ignorantiæ juris, ut non admittatur probatio in contrarium: Eodem modo uti in pœnam furis dominus duplum, quadruplum &c. lucratur, etſi debitum non ſit.

OBJ. (7) Quod nemo cum alterius damno locupletari debeat.

RESP. Errans in jure habetur pro ſciente, ſciens autem damnum non patitur; ſed & in pœnam talis lex conſtitui poteſt, uti in præſcriptione, uſucapione &c.

OBJ. (8) *L. 23. §. 2. h.* ubi ex transactione inutili ſolutum repetitur.

RESP. Quæritur ibi tantum, an indebitum, non quo errore ſolutum ſit, ergo ponuntur ibi termini habiles, error ſcilicet facti.

OBJ. (9) *L. 1. pr. verſ. ſi vero ff. Ut in poſſ. legat.*

Sed *Lauterbachius* ipſe jam RESPONDET in exceptione tertia *p. 203. in fin.* ſcilicet nihil obeſſe hæredi, ſi caveat, tum quia remiſſa licet cautione adhuc actio competit pro legatis, tum ex favore ultimæ voluntatis, ne pereat; quæ ratio quoque additur in *d. l.*

Atque hæc ſententia eſt communis & in praxi recepta, teſte *Laut. h Carpz. p. 3. conſt. 15. def. 45. n. 9. Harpr. ſ. 1. n. 54. & 56. Quib mod. re.* ubi alios allegat. *Peretz. C. h n. 14. Tuld. C. h. n. 4.* ubi duram ait ſed feram. *Sand. L. 3 tit. 14. def. 7. Frantzkius Ex. 11. q. 8.* negat ob errorem juris condictionem dari, at affirmat ad *h. t. n. 44.* Ita *Brunn.* negat eam dari in *l. 10. C. jur. & fact. ign.* affirmat vero in *quæſt. ad Weſenb. h. t.* Diſſent. *Stryk. U. M. h. ſ. 4.* plurimi Dd. eam limitant, & reſtringunt ad caſum, ubi ignorantia eſt craſſa, ſive juris naturalis, & ubi condicens agit de lucro captando; at tum, ubi ſolvens agit de damno vitando, condictionem hodieque ob errorem juris dari ajunt. *Carpz. d. def. 45. n. 11. ſeq. Struv §. 40. h. ibique Dd.* Sed hoc ex præjudiciis *Carpzovii* non apparet, nam (1) loquitur de fœmina (2) & quidem

de fœmina ruſtica; huic autem error juris non nocet, (3) de ignorantia ſtatuti alieni, quæ licita eſt, (4) de errore facti, quia alterum putavit ſimultanee inveſtium.

Ubi ergo moribus judiciorum aliud introductum non apparet, tutius inſiſtitur diſpoſitioni juris civilis.

Sed Insto, pœnas privatas hodie ſublatas eſſe.

Resp. Ad effectum actionis: At ſi quis ultro ſolvit, repetere nequit; ita per uſucapionem hodieque acquiritur, quia ibi quoque non datur actio, ſed in pœnam denegatur &c.

Qv. XV. *An dubitans quoque condicere poſſit?*

Laut. pag. 204. verb. *dubitans in jure interdum &c.*

Affirm. per text. expr. in *l. f. C. h. Omnibus qui incerto animo indebitam pecuniam dederint etc. repetitionem non denegari & præſumtionem transactionis contra eos non induci.* Vid. *Laut. h. ibique Dd. & in Colleg. pract. h. tit. 16. Struv. h. tit. 42. ibique Müller.*

Obj. Quod dubitans intelligatur eſſe in mala fide, indeque *non* uſucapit. Vid. *Laut. p. 573. pr.*

Resp. In noſtro caſu non quæſtio eſt de bona vel mala fide. Neque enim dubitans aliquid in re aliena facit, nec alienum poſſidet, uti is, qui uſucapit; ſed in ſuo agit, & ſuam rem transfert animo ſolvendi, id quod debitum putat. Sed tantum hic quæritur, quo animo fecerit: & reſpondetur animo ſolvendi: Quia nec donare nec tranſigere voluit, neutrum enim præſumitur; animus ergo ſolvendi remanet; ſed, quia indebite ſolvit, repetere poteſt. *d. l. f.* Accedit quod in uſucapione de mero lucro dubitantis agatur, dubitans enim male re aliena utitur, non autem male utitur ea, quam voluntate domini accepit, uti hic. Atque ita in contradictorio pronunciavit Curia Halberſtadienſis in cauſa Fuchs contra Levin Meyer d. 4. Febr. 1706. & 13. Jan. 1707.

Qv. XVI. *Quis probet debitum vel indebitum eſſe?*

Laut. pag. 205. verb. *Quoad probationem vero debiti &c.*

Resp. Indebite ſolutum eſſe probat qui ſolvit, quia & actor, & contra eum præſumtio eſt, utpote cum nemo præſumatur ſuum temere jactare *l. 25. pr. probat.*

Obj. Quod creditor ante omnia debeat probare cauſam, cum in debito intentionem ſuam fundet, & actor ſit.

Resp. Hoc ita verum ante ſolutionem, at ea facta, ſolvens id allegare, nequit,

nequit, quia ſolvendo agnovit debitum, quod in viro prudente jure non præſumitur temere factum. *d. l. 25.* Vid. *Diſp. B. Par. de direct. prob. neg. c. 4. §. 11. & 12.*

AMPL. (I) Solvens multo magis illud probabit, ſi fatetur debitum, & id finitum, vel ſe exceptione tutum, indeque indebite ſolutum ait; hic enim contra eum præſumitur, tum ex confeſſione, tum ex ſolutione totius, ea vero quæ allegat ſunt facti incerti, & fundamentum ſuæ intentionis, quod probare debet. *d. l. 25. §. 2. dict. c. 4. §. 13.*

AMPL. (II) Ut ſolvens indebitum probare teneatur, ſi fatetur partem debitam fuiſſe; *d. l. 25. §. 2.* nam & tunc magis ſuſpecta fit ejus aſſertio, qui debitum agnoſcit, & in quantitate ſe erraſſe contendit, quod facti eſt, & ab allegante probari debet. *d. c. 14. §. 14.*

EXC. (1) Si reus neget ſibi ſolutum, &, eo convicto, actor dicat indebite ſolutum; tunc reus probavit debitum; ſemel enim mentito præſumtio obſtat, & actor hac ipſa præſumtione probaſſe ſuam intentionem videtur. *d. l. 25. pr. d. c. 4. §. 16.*

EXC. (2) Si actoris intentio fundetur in præſumtione juris; forte ſi talis perſona ſit, quæ juris præſumtione per lubricum ætatis, ſexus &c. inconſiderate ſolvere intelligitur, ut minor, fœmina, ruſticus. *d. l. 25. §. 1.* Actor enim intentionem ſuam per præſumtionem, quæ jure vera eſſe creditur, ſufficienter docuiſſe videtur. *dict. c. 4. §. 15.* Conf. *Stryk. U. M. h. §. 9.*

Ut adeo planiſſima ſit ſententia dictæ l. 25. totaque tractatio intricatæ hujus materiæ, quam *Lauterbachius* varietate caſuum involvit.

MORIBUS hic nihil mutatum apparet. Vid, *Stryk. U. M. h. §. 9.* Ubi & hoc obſervandum, quod is, qui probare debet, ſi aliam probationem non habet, confugere ad juramentum, illudque deferre alteri poſſit. *Laut. p. 205. in f.* Conf. *ſup. tit. de Jurej. q. 24.*

INSTO, ita in arbitrio cujuscunque debitoris ſolventis eſt alterum juramentis divexare.

RESP. Cautum alteri eſt per juramentum calumniæ, quod a deferente exigere poteſt.

QV. XVII. *An ſolutum pupillo condici poſſit?*

Laut. pag. 206. verb. pupilli etc. non conveniuntur.

RESP. Dependet hoc ab illa quæſtione, an pupillus obligari poſſit, de qua *tit. de Pact. q. 30.*

Qv. XVIII. *An condictio certi tantum de corporalibus, incerti vero de incorporalibus detur?*

Laut. pag. 207. verb. *Illæ certi, hæc vero.*

Ita putat *Lauterb. h. p. 207.* sed male, solida differentia hæc est, quod condictio certi tantum detur, si pecunia numerata repetitur; de omnibus aliis rebus condictio incerti. *L. 1. ff. Cond. trit. l. 12. ff. Novat.* Vid. sup. *quæst. 3.* Quid vero sit condictio incerti, plenius videbimus infra *ad tit. de condictione triticaria*, ubi simul sensum *legis 12. de Nov.* ab autore allegatæ, excutiemus.

Qv. XIX. *An liberatio condici possit?*

Laut. pag. 207. verb. *liberatio &c.*

AFFIRMATUR: (1) Quia omnes res incorporales, quæ sine causa penes alium sunt, condici possunt, ut cautio, promissio, servitus, &c. Vid. *sup. q. 4. & Laut. pag. 207. lit. O.* ergo & liberatio. (2) *L. 4. C. Cond. ob caus. &c.* ibi: *ut libereris obligatione &c. per condictionem consequeris.* Conf. *L. 13. ff. h. l. 3. C. h.*

OBJ (1) *L. 10. ff. Cond. caus. dat.* Ubi mulier, quæ ei, cui nuptura erat, pecuniam quæ sibi debebatur acceptam fecit, nuptiis non *secutis, condicit* pecuniam; non ergo liberationem.

RESP. Hoc ipso, dum pecunia petitur, liberatio condicitur; neque enim opus est, ut quis præcise liberationem condicat, & tum demum actione repetita pecuniam petat, sed omissis ambagibus ipsa pecunia statim condici, atque adeo condictio cum ipsa actione cumulari potest; & tunc supponitur liberationem præcessisse, idque implicite continetur, cum debitor non potuerit ad restitutionem condemnari nisi liberatio præcedat, hæc enim subintelligitur & tacite sententia continetur. *Bachov. Vol. 1. Disp. 22. th. 1. lit f. Müller. ad Struv. de Cond. Caus. dat. th. 18. lit. V.* Eodem modo uti in judicio rescindente & rescissorio id explicavi supra *L. 4. tit. 2. qu. 3.*

OBJ. (2) *L. 9. ff. Præsc. verb.* Ubi si tibi accepto tuli decem, ut mihi debitorem tuum delegares, nec deleges, teneris actione præscriptis verbis ad implendum: Immo tantum abest condictionem hoc casu dari, ut prior actio potius sublata dicatur in *d. l. 9.*

RESP. Agitur ibi de contractu innominato facio ut facias: ibi enim negotium perfectum est a parte ejus qui acceptum fert, indeque ab hoc pacto recedere non potest, etsi alter fidem non impleat, sed compellitur hic actione præscriptis verbis ad implendum. Vid. *infr. tit. de permut. qu. 8.*

Qv. XX.

Qv. XX. *An in condictione indebiti præter ſortem quoque veniant uſuræ?*

RESP. Qui indebite ſolutum condicit, uſurarum reſtitutionem petere ne- quit (1) propter *L. 1. C. Cond. ind.* ibi: *Uſuras autem ejus ſummæ præſtari tibi fruſtra deſideras, actione enim condictionis ea ſola quantitas repetitur, quæ indebite ſoluta eſt. L. 4.* ibi: *Quoties accipientis &c. turpis invenitur cauſa &c. datum condici tantum, non etiam uſuræ peti poſſunt. C de Cond. ob turp. cauſ.* Vid. *Cuj. L. 8. O. 34.* (2) Ratio quoque *d. l. 1.* ſatis clara eſt, nam cum ea actione tantum id, quod indebite ſolutum eſt, repetatur, *d. l. 1.* per rerum naturam uſuræ repeti non poſſunt, quia hæ ſolutæ non ſunt, ſed poſt ſolutionem demum perceptæ. (3) Neque ex natura actionis uſuræ veniunt, quia in negotiis arbitrariis uſuræ ex mora non debentur, utpote cum id ſaltem in negotiis bonæ fidei receptum ſit: Accedit (4) Quod ſi quis agat ad conſequendum id, quod antea ejus non fuit, toties uſuræ non debeantur, *L. 3. §. Junct. L. 34. ff. Uſur.* Hic autem agitur ad repetendam pecuniam, cujus dominus eſſe deſiit condicens.

Laut. pag. 207. verb. *ſine uſuris &c.*

Sed & (5) ille, a quo pecunia condicitur, eſt bonæ fidei poſſeſſor, pecuniam juſto dominii transferendi titulo acquiſivit, indeque fructus ex re aliena lucratur, *l. 48. pr. A. R. D.* adeoque & uſuras ex pecunia aliena, *arg. L. 34. Uſur. junct. d. l. 48.*

Atque pro hac ſententia pugnant *Struv. Ex. 18. th. 44. pr. Laut. p. 207. Carpz. p. 2. c. 30. def. 18.* ubi & præjudicium Facultatis Lipſienſis affert.

Neque OBSTAT, quod nemo debeat locupletior reddi cum alterius jactura. *L. 8. §. 22. transact.*

RESP. Hic non fit locupletior ex re aliena, ſed ſua, qui tranſtulit dominium condicens.

Equidem de jure Civili hactenus omnes conſentiunt, ſed moribus diſpoſitionem juris Civilis obtinere negant *Müller. ad Struv. Ex. 18. §. 44. lit. v. Carpz. L. 4. t. 7. Reſp. 50. n. 27. Lynck. ad Struv. th. 44. Ex. 18.* Idque ex duplici ratione *tum* quia in omnibus negotiis ſtricti juris hodie uſuræ debentur. *Struv. Ex. 27. th. 49. in fin. tum* quia condictio indebiti eſt promutuum, in mutuo autem uſuræ ex mora veniunt. *Reſ. Pol. de Ann. 1578.* Verum utraque ratio fallit, nam quod *priorem* attinet, nullibi jus Civile mutatum vel abrogatum eſt; quin, cum in ſolo mutuo aliud receptum ſit juxta *d. Reſ. Pol.* inde concluditur reliqua negotia diſpoſitioni juris Civilis relicta eſſe; inprimis cum derogationes ſint ſtrictiſſimæ interpretationis. Sane Dd. opinio ex cerebrina æquitate orta jura publice ſtatuta evertere nequit. *Altera* ratio oppido falſa eſt, mutuum eſt

est verus contractus; quo dominium transfertur ea lege, ut tantundem restituatur, & tantum obtinet in rebus fungibilibus &c. quæ omnia secus se habent in condictione indebiti: Atque hinc hodie quoque usuras has condici non posse tradit *Tabor in relat. argent. ultima. Carpz. p. 2. c. 30. def. 18.* Conf. *Müller. d. l.*

At his non obstantibus pro dissentientium sententia judicatum est in Curia Halberstadiensi in causa Fuchs contra Levin Meyer 4. Febr. 1706. & 13. Jan. 1707 & in Camera Marchiæ in causa des Obristen Ernst Erben contra die Gewandschneidergilde zu Saltzwedel, Mense Majo anno 1723.

Exc. Si perceptæ sunt usuræ, quia tunc instar fructuum sunt. *L. 34. ff. Usur.* fructus autem cum ipsa re condici possunt. *L. 38. §. 1. ff. Usur. l. 7. §. 1. Cond. caus. dat. l. 31. pr. R. C.*

Qv. XXI. *An ille, qui condictioni indebiti renunciat, nihilominus condicere errore solutum possit?*

Laut. pag. 208. verb. *Neque ob renunciationem expressam &c.*

AFFIRM. Nam ille qui renunciat certus esse debet de suo jure, *l. 23. A. H.* hic autem errat, quia putat se debere, & sic hic error excludit *consensum*, &, si dubitasset, non solvisset. Atque ex eodem errore, quo *fit solutio*, etiam fit renunciatio. Vid. *Struv. h. §. 42. ibique Dd. Laut. in f. h.*

Obj. (1) Quod renuncians condictioni indebiti dicat se nolle condicere, etsi indebitum sit, & sic in casum erroris quoque.

Resp. Renunciat quoque in casum erroris, quia certo putat se non errare; nec ait se nolle repetere, etsi esset indebitum, nam esset donatio, quæ non præsumitur, sed ideo solvit, quia non putat indebitum, in quo errat.

Obj. (2) Quod ita renunciatio specialis nihil operaretur, qua tamen partes aliquid agere voluere.

Resp. (1) Voluere aliquid agere sed errore, & opinione ac fiducia debiti. (2) Hæc præsumtio, quod aliquid agere voluerint, per aliam tollitur, quod non præsumantur donare voluisse.

Exc. Si alia mens, scilicet in alterum casum donandi appareat. *Struv. d. §. 42.* Uti formulam exhibet *Fulgosius ad l. f. §. 3. h.*

Atque ita praxi obtinere testatur *Laut. in fin. h. t.* & communem eam ait *Struv. d. l.* Conf. *Müller. ibid. lit. θ.* & *Laut. Colleg. h. t. th. 24.*

Dissentit *Covarruv. var. res. 2. res. 4. n. 4.*

LIB.

LIB. XII. TIT. VII.

DE CONDICTIONE SINE CAUSA.

Qv. I. *Quotuplex sit hæc condictio sine causa?*

RESP. Duplex (I) *Generalis*, quæ cum prioribus concurrit, quia in omnibus deficit justa causa, & deficiente causa deficit jus. (II) *Specialis*, quæ toties, quoties nulla priorum locum habere potest, in subsidium datur: Uti (1) si causa, quæ initio erat, postea casu aliquo desiit esse. *L. 2. h. l. 2. C. h. l. 11. §. 6. & f. de Act. emt.* (2) Si debitor rei culpa sua amissæ pretium solvit, re postea inventa, condictio datur. *L. 2. h.* (3) Vi possessione dejectus rem repetit condictione sine causa. *L. 25. §. 1. furt.* (4) Instrumentum quod soluto debito penes creditorem sine causa manet, condicitur. *L. 2. C. h.* (5) Si quis rem alienam bona fide consumsit, condicitur pretium. *L. 11. § f. l. seq. Reb. Cred.* (6) Si annulus arrhæ nomine datus, &, pretio ac re solutis, retentus sit, datur condictio sine causa. *L. 11. §. 6. act. Emt. &c.*

Laut. pag. 208. verb. Hinc concurrit &c.

LIB. XIII. TIT. I.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

Qv. I. *Anne hæc sit ipsa condictio ob turpem causam?*

AFFIRM. Sed, quia singularia quædam habet, seorsim tractatur. Singularia autem sunt (1) quod semper sit turpitudo accipientis, indeque semper detur condictio, cum condictio ob turpem causam aliquando cesset, si scil. utriusque est turpitudo. (2) Quod detur ei, qui dominus est: Quod rationi condictionum maxime adversatur; nam per condictionem juris Gentium intendo *dari oportere*, id est, ut dominium in me transferatur: In hac condictionis specie autem nunquam amisi dominium, indeque dari mihi non potest, quod meum adhuc est; neque enim tunc condictio datur, sed rei vindicatio: At ne is, cui fur rem abstulit, adeoque qui rei dominus manet, deterioris sit conditionis, ac is, qui facto suo rem sine justa causa in alium transtulit, indeque dominus esse desiit, JCti formulam condictionis juris Gentium *dari oportere*,

ex summa æquitate in odium furis ad hunc casum applicarunt: hoc ergo est mere juris Civilis, quo aliquid juri Gentium additur.

Deterior autem esset conditio (1) quia condictiones tanquam personales actiones dantur contra hæredes: Secus si sola rei vindicatio contra furem locum haberet. *§. fin. Inst. de furt.* (2) Condictiones dantur, licet res consumta, alienata, vel specificatione extincta sit: At rei vindicatio tantum datur re extante. &c.

Qv. II. *An condictio furtiva sit famosa?*

Laut. pag. 209. verb. *Non famosa &c.*

NEG. Quia condictiones jure Gentium dantur pro rei repetitione, quæ repetitio per se, nisi accedat dispositio juris civilis, non infamat: Condictio furtiva autem datur ad exemplum earum condictionum. Conf. sup. *tit. 4. q. 2. in f.*

Atqui furti damnatur.

RESP. Per consequens supponitur fur esse, sed hac actione non de delicto, sed rei persecutione agitur.

INSTO, mandati &c. damnatus fit infamis.

RESP. Ibi propter fidem violatam fit infamis, quæ ratio hic cessat: Conf. sup. *de his qui not. inf. q. 4.*

Qv. III. *An illi quoque condicere possint, qui proprio facto domini esse desierunt?*

Laut. pag. 209. verb. *Hinc excluduntur qui proprio facto &c.*

NEG. Quia repetere non possunt, quod ipsi juste transtulerunt in alium. *L. 10. §. 2. h.* Secus vero si sine facto suo dominio exciderunt, forte quod fur consumserit, vel specificatione res mutata sit, &c. *L. 12. pr. h.* quia eo magis tunc succurrendum ipsis est ut suum recipiant. Vid. *q. 1.*

Qv. IV. *An condictio furtiva incerti in eo differat a condictione certi, quod hæc solis dominis, illa vero aliis, qui jus in re habent, detur?*

Laut. pag. 210. verb. *Incerti datur etiam non dominis &c.*

RESP. Immo in genere condictio sive incerti, sive certi, datur soli domino. *L. 1. h. l. 14. §. 16. h.* Sed ei comparatur, qui habet jus dominio simile, uti pignus, quod & ipsum in re illa quæ condicitur, consistit. Adeoque creditor, tanquam dominus possessionis, jus pignoris & possessionem condicit: In eo autem differunt: Quod condictio furtiva certi tantum locum habeat, si pecunia numerata condicitur; incerti vero, si quælibet alia res, possessio, liberatio &c. *Vid. tit. de Cond. trit. q. 1.*

Neutra

Neutra ergo fructuario datur, quia nec in rem ipsam jus habet, nec fructuum, quos fur decerpsit, ante perceptionem dominus est. *L. 12. §. 2. de Usufr.*

Qv. V. *An etiam commodatario condictio furtiva detur?*

NEG. Per *L. 14. §. 16. & l. 1. h. t.* Ubi tantum domino dari dicitur; cur vero ad creditorem pignoratitium id extendatur, rationem dedimus *quæst. præc.* sane cum fructuario non detur, *d. l. 12. §. 2. de Usufr.* multo minus dabitur commodatario. Nihilque ineptius esset, quam commodatarium, cui solus usus concessus est, rem condicere posse, & commoda hujus actionis auferri domino, præferrique commodatarium in actione pinguiori.

Dissent. Laut. pag. 210. verb. *ut commodatario &c.*

OBJ. *L f. §. 3. C. furt.*

RESP. Agit de commodatario, qui præstitit litis æstimationem domino, adeoque rei dominus quasi ex emto, factus est. *d. l. f. §. 2. L. 46. R. V.*

Qv. VI. *An condictio furtiva contra hæredes detur in solidum?*

AFFIRM. (1) Quia est actio civilis ex delicto rei persecutoria. Vid. *B. Par. in Disp. de Obl. hær. ex del. def. Sect. 2. §. 10. & Sect. 3. §. 21.* quales in solidum dantur contra hæredes. *§. 9. Inst. ad L. Aquil. dict. Disp. th. 5. n. 5. th. 10. & th 21.* Nam (2) defunctus ex patrimonio suo debebat restituere id quod domino suo facto abest; hæc obligatio cum patrimonio transit ad hæredes. *dict. disp. §. 5. §. 20. n. 2. §. 23. pr.* Atque id (3) expresse dicitur in *L. 9. ff. cond. furt. In condictione ex causa furtiva non pro parte, quæ pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus:* Quæ sententia etiam ipsorum Dissentientium confessione in praxi obtinet. *Pagenst. 1. sicil. n. 30. & Disp. de J. mort. 1. §. 6* ita duo præjudicia sunt apud *Bach. de act. D. 4. th. 21.* & *Harppr. ad §. f. Inst. de Obl. quæ ex del. n. 5. & seq.* Conf. *Struv. h. th. 54. ibique late Dd. Farinac. pract. crim. l. 1. tit. de inquis. q. 10. n. 72. & Müll. ad Struv. d. l. lit. ε. Zœs. h. n. 8. Laut. h. pag. 210. ibique Dd.*

Laut. pag. 210. verb. *contra hæredes &c.*

DISSENTIT *Cuj. L. 7. Obs. c. 37. & L. 13. c. 27. & alii apud Struv. d. l.*

OBJ. (1) *L. fin. C. rer. amot.* Ubi actio rerum amotarum contra hæredes uxoris datur tantum quatenus pervenit, at actio rerum amotarum semper comparatur condictioni furtivæ, ut in *l. 6. §. 4. l. 21. § p. l. 26. Eod.*

RESP. Comparari in eo, quod actio hæc ex furto uxoris detur non instar actionis furti, sed instar condictionis furtivæ, non vero quasi per omnia sint similes. *dict. Disp. de Obl. hær. ex del. th. 20. n. 2.* Ratio autem differentiæ in eo est, quod *illa* sit prætoria, *l. 2. C. rer. am.* & dolum uxoris puniat: Tales autem actiones prætoriæ sunt pœnales, & non dantur contra hæredes nisi quatenus

tenus pervenit, per *l. 9. §. f. de reb. aut.* junct. *l. 11. Eod.* Vid. *dict. Disp. th. 11. n. 1.*

OBJ. (2) *L. 2. §. f. Vi bon. rapt.*

RESP. Loquitur de actione vi bonorum raptorum, quæ est prætoria, & mere pœnalis, *l. 2. §. 27. Eod.* indeque non datur contra hæredes nisi quatenus pervenit.

OBJ. (3) *L. 9. §. f. l. 10. tut. & rat.* Ubi dicitur quod actio damni, injuriæ, condictio &c. morte tutoris intereant.

RESP. Imo id non dicitur: Sed dicitur pupillum contra tutorem stante tutela *nulla illarum actione* agere posse, quamvis (*quædam*) morte tutoris intereant, at non omnes intereunt, uti nec condictio.

OBJ. (4) *L. 44. R. J.* Ubi hæres non tenetur ex pœna defuncti nisi quatenus pervenit.

RESP. Verum hoc est, si actiones sint mere pœnales, etiam a parte actoris.

OBJ. (5) *L. un. C. de Obl. quæ ex del. def.* Ubi nullæ actiones ex delicto transeunt ad hæredes, nisi lite contestata.

RESP. Regula hæc recte se habet, sed patitur ea exceptionem si (1) sint ex delicto rei persecutoriæ: Vel (2) mere pœnales, *dict. Sect. 1. 2. & 3.*

OBJ. (6) Æquitas contrariæ sententiæ.

RESP. Imo æquitas naturalis militat pro nostra sententia. *Vid. rat. 2. & dict. Disp. th. 5. 20. & th. 23.*

QV. VII. *An actio hæc detur contra successores singulares?*

Laut. pag. 211. verb. *Contra successores singulares &c.*

NEG. Actiones enim personales contra hæredes quidem dantur, *l. 25. pr. O. A.* qui succedunt in universum jus defuncti, at non contra successores singulares. Conf. *L. 5. h.*

OBJ. *§. 26. in fin. Inst. de Rer div.* Ubi dicitur dari condictionem contra quosvis possessores:

RESP. Scilicet qui consumtione domini facti sunt; nam quia eo facto suam rem negotiumque fecere, actione ad exhibendum vel condictione conveniuntur.

Qv.

Qv. VIII. *An re non exstante actio hæc detur, quanti res plurimi fuit a tempore furti commissi?*

AFFIRM. *L. 8. §. 1.* ibi: *placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberetur: semper enim moram fur facere videtur, h. t.*

Laut pag. 211. verb. Quanti res plurimi fuit &c.

OBJ. *L. 2. §. 3. ff. Priv. del.* ibi: *condictio autem furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.*

RESP. Tempus judicii accipiendi non est, ubi actu accipitur, sed ubi jure accipi potuit; potuit autem accipi statim a tempore delicti commissi. Ita enim in jure futurum hoc sæpius intelligitur pro præsenti.

Atque hæc est sententia *Cuj. tr. 8. ad Afric. L. 37. Mand. in f. Treutl. h. §. 13. lit. g.* ubi notat etiam concurrere cum hac condictione actionem ex lege Aquilia, si forte retro in anno pluris fuit. *d. l. 2. §. 3. Priv. del.*

Qv. IX. *An consuetudo, quæ rem furtivam magistratui addicit, sit irrationabilis?*

AFFIRM. Et non tantum in allegata Ord. Crim. sed & in adducto Recessu imperii talis consuetudo rejicitur.

Laut. pag. 211. verb. Consuetudo qua rem &c.

OBJ. *L. 9. ff. de Jur. fisc.* ibi: *morte rea crimine exstincto persecutionem eorum, quæ scelere acquisita probari possunt, fisco competere.*

RESP. Agitur ibi de crimine publico, non vero de privata & civili actione, uti hic.

LIB. XIII. TIT. II.

DE CONDICTIONE EX LEGE.

Qv. I. *Quid sit condictio ex lege, quid imploratio officii judicis?*

RESP. *Condictio ex lege* est, quando nova lege aliquid statuitur, nec actio additur: tunc enim, cum genus actionis quo experiundum expressum non sit, jus nostrum ex illa lege condicimus.

Imploratio officii judicis est vox generalis, & competit ex omni juris remedio: Quoties enim jus aliquod ex lege mihi competit, sive actio addita ei sit

ſive non, poſſum implorare officium judicis, ut jus & juſtitiam juxta naturam vel actionis, vel legis, quæ de jure illo ſtatuit, adminiſtret: Unde ipſa condictio ex lege per modum implorationis in judicio proponi, & pars judicis officium implorare poteſt, ut juxta legem noviter conſtitutam jus tribuat.

Atque hinc (1) Autor male opponit *obligationem* & *implorationem officii judicis*: Nam omnis lex producit obligationem, & omnis imploratio judicis ſupponit obligationem. Quod igitur (2) ex *L. diffamar. 5. C. de ingen. & Manum.* non detur condictio ex lege, hoc inde eſt, quia non nova obligatio ea lege introducta, ſed ea, quæ antea fuit, ſaltem declarata eſt. Vid. *ſupr. L. 5. tit. 1. q. 4. Not. s.* Unde (3) verum non eſt ex mente legislatoris dijudicandum eſſe, an Lex obligationem introducat, an vero tantum implorationem officii judicis concedat: quia poſita lege, ſemper obligatio introducitur, & introducta obligatione ſemper implorari officium judicis poteſt, ut juxta legem ſtatutam judicet.

LIB. XIII. TIT. III.

DE CONDICTIONE TRITICIARIA.

Qv. I. *Quid ſit condictio Triticiaria?*

RESP. Eſt qualitas condictionum, qua deſignatur talem rem peti, quæ æſtimationem admittit: atque inde eſt ipſa condictio incerti.

Dicitur I. QUALITAS: Nam (1) abſolutis omnium condictionum ſpeciebus æquum & methodo JCtorum conveniens fuit, ut earum qualitates, quarum toties in legibus mentio facta eſt, explicentur, &, quidnam ſit condictio *certi*, quid *incerti*, rite examinetur: Hoc jam (2) factum quoque eſſe apparet ex ultimo hoc in materia condictionum titulo, ubi explicatur quidnam ſit *certi* quid *incerti* condictio. *L. 1. pr. Cond. trit.* Unde (3) etiam conjungitur cum materia, quæ itidem ſaltem qualitas condictionis ex mutuo eſt, nimirum cum. *tit. De eo quod cert. loc.* Et cum (4) triticiaria in *d. l. 1. pr.* opponatur condictioni certi, non magis, quam hæc ipſa, propria condictionum ſpecies erit. Idque (5) confirmatur exinde, quod per hanc triticiariam non res per ſe, ſed quatenus æſtimationem recipit, petatur, uti jam demonſtrabitur.

Dicitur II. eſſe qualitatem, QUA DESIGNATUR TALEM REM PETI, QUÆ ÆSTIMATIONEM ADMITTIT: Uti enim (1) per condictionem *certi* deſignatur, pecuniam numeratam ſive talem rem peti quæ nullam

lam æſtimationem admittit, ita e contrario per triticiariam deſignatur, omnes reliquas res, quæ ſcil. æſtimationem admittunt, peti poſſe *L. 1. pr. Cond. trit.* Apparet id (2) ex ipſo ordine, ſerie & contextu titulorum, cum enim ipſam condictionum materiam explicaſſent JCti, paſſimque ibi æſtimationis quoque rationem habendam, inculcaſſent, neceſſarium fuit hanc æſtimationem plenius definire, id quod in hoc demum titulo de condictione triticiaria factum eſt. *L. 3. l. 4. Eod.* Atque hinc (3) eſt quod in hanc actionem omnes res veniant præter pecuniam numeratam: Hæc ſola excluditur in *tt. ff. Cond. trit. & L. 1. Eod.* quia in quantitate conſiſtit, & ſic nec deteriorari, nec interire, indeque nec æſtimationem recipere poteſt: Reliquæ omnes res admittitur, quia æſtimationem recipiunt, certiſſimo indicio de ſola æſtimatione in hoc titulo quæſtionem eſſe: Unde (4) hæc ipſa condictio triticiaria in *L. 12. ff. Novat.* vocatur condictio incerti. *Sed is qui delegavit, tenetur condictione vel incerti, ſi non pecunia ſoluta eſſet, vel certi ſi ſoluta eſſet*, incerti autem condictio non datur niſi propter æſtimationem, ſeu id quod intereſt. Sed & (5) nulla alia hujus condictionis ratio dari poteſt, neque tamen fruſtra ſpeciali titulo tractata intelligi debet: & cum (6) in tota condictionum materia æſtimationis & tempus & ratio nullibi definita ſit, (excepto quod de condictione furtiva in *l. 8. Cond. furt.* traditum invenimus) eaque in allegato titulo plene definita appareat, non poteſt non inde præſumi ac certa quadam ratione concludi in triticiaria actione ſimul æſtimationem venire: Et cum (7) in infinitis textibus mentio fiat æſtimationis, aſſeraturque eam quoque condici poſſe; *L. 7. ff. Cond. ind. l. 65. §. 6. 7. & 8. Eod. l. 26. §. 12. Eod. l. 40. §. 1. Eod. l. 7. §. 2. l. 8. pr. l. 20. Cond. furt. &c.* qua actione id fieri deberet, niſi triticiaria? Quin ſi propria actio, ſcil. condictio incerti, diverſa ab actione triticiaria, daretur, non video, quidnam pro triticiaria ſupereſſet, ſane tota in vanum abiret: Unde (8) non ſine ratione & noviter evincere conatus ſum, hanc condictionem triticiariam eſſe ipſam condictionem incerti: de quo jam plenius agendum erit.

Additur vero III. ATQUE INDE ESSE CONDICTIONEM INCERTI. Nam (1) jam ſupra expoſitum eſt ordinem hujus materiæ & ſeriem titulorum requirere, ut condictionum qualitates, & quidnam *certum* ſit, quid *incertum*, rite explicentur; id jam fit hoc titulo; & ſolam pecuniam numeratam *certam* eſſe indeque condictione *certi* peti, reliquas vero res, utpote *incertas*, condictione *triticiaria* vindicari debere ſtatuitur. *L. 1. pr. Cond. trit.* Atque ex hac ipſa oppoſitione (2) apparet res certas peti condictione certi, res incertas condictione incerti, ſive triticiaria: Unde (3) condictio incerti iiſdem terminis circumſcribitur, quibus condictio triticiaria; uti enim hæc de omnibus rebus præter pecuniam numeratam datur, *l. 1. pr. d. tit.* ita & condictio incerti, per text. expr. in *l. 12. ff.* ibi: *Sed is qui delegavit, tenetur condictione vel incerti, ſi*

non

non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset. De Novat. Et cum (4) condictio triticiaria de omnibus rebus detur præter pecuniam numeratam, *d. l. 1. pr.* indeque vastissimus ejus usus esse debeat, necessario ea intelligi debet condictio incerti, utpote cum nec triticiariæ ullibi mentio fiat, nec, si separata est actio, ullum usum ullumque effectum haberet. Utpote cum (5) in omnibus casibus quibus interesse, æstimatio, tantundem, &c. vel jus aliquod petitur, perpetuo condictio incerti detur, *l. 22. §. 1. Cond. ind. l. 40. §. 1. Eod. l. 3. ff. Cond. sine causa. l. 7. §. 2. Cond. furt. l. 12. §. f. Eod. &c.* Quid ergo superesset vindicandum triticiariæ? Et cum (6) actio sive condictio *certi* ab objecto suo certo ita dicatur: Quidni condictio triticiaria itidem ab objecto suo incerto dici poterit *incerti?* Nam (7) ideo condictiones incerti dicuntur, quia incertum petitur. *L. 9. pr. R. C. l. 74. l. 75. V. O. l. 118. §. 2.* At per condictionem triticiariam petuntur res incertæ, scil. æstimatio, interesse, &c. *L. 7. ff. Cond. ind. l. 65. §. 6. 7. 8. seq. Eod. &c.* (8) Quænam esset differentia inter condictionem incerti & triticiariam? Sane effectu utraque convenit: Nam & triticiaria de omnibus rebus præter pecuniam numeratam datur, *l. 1. pr. Cond. trit.* & condictio quoque incerti. *L. 12. ff. Novat.* Qui indebite servitutem transtulit, *eam vindicat condictione incerti*, *L. 8. pr. Act. emt. l. 35. serv. urb. l. 22. §. 1. de Cond. trit.* vindicat quoque eandem condictione triticiaria, *L. 1. pr. Cond. trit.* ibi: *veluti usumfructum vel servitutem utrorumque prædiorum stipulatus sit.* Ita petimus frumentum cum sua bonitate, vel pretium per condictionem incerti, *L. 65. §. 6. Cond. ind.* & idem quoque petimus per triticiariam, *l. 1. pr.* ibi: *in mensura*, & *l. 4.* ibi: *veluti vinum, oleum, frumentum &c. Cond. trit.* Illa petimus res mobiles & immobiles; *L. 22. §. 1. l. 7. ff. Cond. ind.* Idem & hac *L. 1. pr. de Cond. trit.* ibi: *mobiles & immobiles.* Priori condicimus quoque res proprias, si furtivæ sunt, *L. 2. ff. 2. Cond. furt. l. 18. pr. l. 12. §. f. Eod.* Idem condicimus posteriore. *L. 1. §. 1. & l. 2. Cond. trit.* Accedit (9) si quædam esset differentia, verbo illam monuissent JCti, inprimis cum differentiam triticiariæ a condictione certi tam accurate tradiderint in *L. 1. pr. Cond. trit.* Sed & (10) (quod maxime notandum) æstimatio quoque utrobique eadem est; nam in condictione incerti furtiva æstimatur res quanto unquam plurimi fuit, quia fur semper in mora esse videtur, *L. 8. § 1. de Cond. furt.* at eadem est æstimatio in triticiaria. *L. 3.* ibi: *in utroque autem si post moram deterior facta res &c. quando deterior reddita est &c. de Cond. trit.*

OBJ. (1) Quomodo hæc condictio triticiaria potest esse illa condictio incerti, cum per eam etiam petatur frumentum, oleum, triticum, &c. *l. 1. pr. l. 4. h.* Quæ tamen potius condictione certi vindicantur. *l. 2. §. 1. R. C.* Quin (2) per triticiariam fundus quoque & alia quælibet res petitur, *d. l. 1, & l. 2.* quæ

quæ vero alibi petuntur condictione certi. *L. 24. Reb. cred.* junct. *L. 2. §. 1. Eod. l. 74. l. 75. V. O. l. 135. §. 3. l. 118. §. 2. Eod.*

Resp. Bene notandum *certum* pro variis juris materiis varie sumi. Nam (1) in materia mutui *certum* dicitur quicquid pondere, numero & mensura constat. *L. 9. R. C.* Adeoque certum ibi est omnis res fungibilis, idque ex natura mutui, ubi quoties tantundem restitui potest, certum est in obligatione. (2) In materia stipulationum latius sumitur *certum*, eoque intelligitur, de quo constat, quid, quale, quantum &c. sive species sit sive quantitas; *d. l. 9. d. l. 24. dd. ll.* quia certum hic est, quicquid verbis expressum apparet. At (3) alio & specialissimo sensu *certum* dicitur, quod æstimationem non recipit, eoque sensu accipitur in *tit. de Cond. trit.* Unde ibi sola pecunia numerata certa est. *d. l. 1. pr. h.*

In *primo* casu, in materia scil. mutui, condictio certi datur de omnibus rebus fungibilibus: *d. l. 2. pr. L. 24. ff. Eod.* In *secundo* membro de omni eo, de quo constat quid, quale & quantum sit, condictio illa datur: nam si de eo non constat, dabitur actio ex ipso contractu, scil. actio ex stipulatu. *Struv. tit. de verb. Obl.* In *ultimo* vero casu per condictionem certi tantum petitur pecunia; reliquæ vero res, quæ æstimationem recipiunt, per condictionem incerti sive triticiariam, quia propria actio ex contractu hic non est, cum hæ condictiones non ex negotio jure civili introducto & formato oriantur, sed ex mera æquitate juris gentium, & ubi jure civili omne remedium cessat.

His ita positis facilis jam est responsio ad illas objectiones, nam verum est, quod in materia *mutui* frumentum, oleum &c. condictione certi petatur: At alia illa est condictio certi ac nostra, quæ in titulo de condictione triticiaria explicatur, & quæ juris gentium est; ubi alia ratio certi & incerti definita apparet, alioque sensu certum appellatur: Verum quoque (2) est, quod in *stipulationis* materia fundus condictione certi petatur; sed in materia condictionum aliter certum definitur, & ibi fundus potius est res incerta, quia æstimationem recipit.

Unde porro apparet, quantopere condictiones illæ ex *mutuo* & *stipulatu* a nostra *triticiaria* differant: *Illæ* sunt ex dispositione juris civilis, *hæc* ex solo jure gentium est: *illæ* oriuntur ex negotiis jure civili formatis, unde propria actio datur, *hæc* vero ex sola æquitate juris gentium, ex nullo juris civilis negotio, nedum ex aliquo contractu originem ducit: *utraque* illa est ex contractu nominato & vero; *hæc* ex variis causarum figuris, excepta condictione indebiti, quæ quasi ex contractu est. *Illæ* sunt stricti juris, *hæc* est arbitraria. *Illæ* non habent sibi oppositam condictionem incerti, *hæc* habet &c.

Qv. II. *Cujusnam temporis æstimatio inspicienda sit, si res petita vel periit vel deterior reddita est?*

RESP. Æstimatio ejus temporis quo dari debuit, *l. 4. b.* adeoque die adjecta statim ac dies venit, *d. l. 4.* die non adjecta tempore litis contestatæ. *ibid,*

Exc. (1) post moram (qualis etiam per nudam interpellationem contrahitur, *l. 32. Usur. l. 22. l. 40. R. C. l. 82. ʃ. f. l. 84. V. O*) maxima æstimatio præstatur, *l. 8. §. 1. Cond. furt. l. 3. ff. Cond. trit* ibi: *si post moram deterior res facta sit, habendam æstimationem quanto deterior res facta sit.*

Exc. (2) si bona fide & non dolo malo ad judicium provocet is, a quo res condicitur, inspicitur tempus condemnationis. *L. 3. Cond. trit.* Nam si justa ex causa ad judicium provocet, moram non contrahit, *l. 24. pr. ff. Usur. l. 63. Reg. Jur.* Neque enim ob metum periculi jus suum indefensum relinquere tenetur. *L. 40. pr. ff. hær. pet. B. Par. Disp. de Mora §. 11.* Atque hanc quoque esse mentem JCti in *d. l. 3.* patet ex verbis, *nisi ille qui condemnatus est, in mora sit*, ergo potest aliquis ad judicium provocare, & condemnari quoque, qui tamen in mora non est.

Exc. (3) Si satisdationem accepit condicens; tunc enim æstimatio fit ex eo tempore, quo satis accepit, quia satisdationem accipiendo mora purgatur. *L. 22. ff. Obl. Act.*

Atque ex his apparet, non recte distingui circa æstimationem inter negotia *bonæ fidei & stricti juris*, ita ut *illo casu* inspiciatur tempus rei judicatæ, *Brunn. ad l. 3. ff. Cond. trit. n. 1. hoc casu* tempus litis contestatæ: Quia (1) hæc distinctio tantum propria est actionibus juris civilis, non vero remediis juris Gentium. Nam (2) lex civilis demum laxiorem vel strictiorem fidem requirit, non vero jus Gentium. (3) Condictiones juris Gentium non dantur ex hujusmodi negotiis, ubi certæ actiones jure civili formatæ sunt: Neque (4) iis opus est, cum propriæ actiones adinventæ sint, quæ dicuntur aliquando condictiones certi, (rationem vide *supra L. 12. tit. 1. q. 1.*) plerumque vero ex ipso contractu; quibus (5) æstimatio & interesse vel ex ipsa natura actionis petitur, vel propria actione de eo quod interest vindicatur: At (6) in illis negotiis unde jure civili nulla actio est, adeoque unde condictiones juris Gentium dantur, æstimatio non ex stricta vel laxa fide, sed ex æquo & bono, adeoque plane alio modo definitur, uti jam vidimus.

Qv. III. *Unde dicatur condictio triticiaria?*

L*auterbachius* in *pr. h. t.* ait nihil certi de ejus origine constare. *Alii* inde ortam dicunt, quod ei qui primus hanc actionem dari sibi postulavit, res fuerit

fuerit de æstimando tritico. *Goth. ad rubr. h. t.* *Alii* a Triticio Prætore, *Cuj. ad Afric. 2. in L. 23. ff. R. C.* de quo dubitat *Bach. de Act. Disp. 4. th. 13.* *Alii* aliter. Vid. *Dn. Stryk. Disp. de Cond. trit. c. 2. th. 2.* *Alii* a trito derivandam putant, cum actio maxime sit trita & usitata. *Svendend. ad Eckolt. tit. de Cond. trit.* *Alii* a formula *Triticum, vinum & oleum* originem vocis deducunt. *Vigl. prælect. ad rub. ff. si cert. pet. n. 28. Schilt. exerc. ad ff. 24. th. 56.* Sententia Autoris in re adeo dubia mihi verisimillima videtur.

Qv. IV. *An hac condictione triticiaria res ipsa repetatur?*

AFFIRM. (1) *L. 1. pr.* ibi: *Qui autem alias res per condictionem triticiariam petit*, & mox: *eas res per hanc condictionem peti*, & mox: *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus*, & *§. 1.* ibi: *rem autem suam*, & *L. 2.* ibi: *posse fundum condici*, & mox: *possessionem eum condicere*, & *L. 3. pr.* ibi: *res quæ petita est*, & *L. 4.* ibi: *Si merx aliqua &c. petita sit &c. ff. de Cond. trit.*

At talis res esse debet, quæ æstimationem recipit, adeoque omnis præter pecuniam numeratam: *d. l. 1. pr.* hoc enim est, quod per vocem triticiariæ indigitatur, scil. talem rem peti quæ tantundem admittit. *L. 7. Cond. ind.* Vid. *quæst. 1.*

Qv. V. *An etiam de possessione recuperanda detur?*

AFFIRM. (1) Quia de omnibus rebus datur, excepta pecunia numerata. *L. 1. pr. h.* (2) Per text. expressum in *l. 2. h.* ibi: *possessionem eum condicere Celsus ait.*

In foro id fieri posse negant *Menoch. in remed. 3. de recup. poss.* & *D. Stryk. d. disp. c. 4. th. 5.* addita ratione, quia effectus hujus condictionis non est restitutio ipsius rei aut possessionis, sed æstimationis & ejus quod interest. Conf. *Joh. Schilt. d. Ex. 24. ad ff. th. 59.* At hodieque possessionem restituendam esse ex allatis principiis apparet; Nam omnino condictio datur ratione ipsius rei, sed damni dati æstimatio vindicatur adjecta qualitate triticiaria: Vid. *q. præced. junct. q. 1.*

Qv. VI. *An hæc actio sit prætoria?*

Quidam id AFFIRMANT, effingentes sibi aliquod edictum prætoris, quo justa ex causa rem suam persequi volentibus verbis ita conceptis persequi permiserit: *Si quis triticum, vinum, oleum, aliasque res præter pecuniam numeratam petat, condictionem ei dabo. Schilt. d. Ex. 24. th. 58.* Conf. *Bachov. ad Tr. Vol. 1. Disp. 23. lit. a. Franzk. h. t. n. 1. & 2.* Verius autem est eam esse civi-

 lem;

lem; Nam cum non propria sit actio, sed saltem qualitas reliquis condictionibus accedens, apparet eam sequi naturam ipsarum condictionum: Neque vero illud edictum cerebrinum prætoris ullibi exstat: Nec magis hæc condictio ii certi sive triticiaria erit prætoria quam condictio certi, quam omnes civilem dicunt. Quin hæc qualitas certi vel incerti sequitur ex ipsa natura rerum quæ petuntur, quæ certæ sunt vel incertæ; idque citra ullum prætoris edictum. Conf. *Hunnius ad Tr. V. 23. th. 2. & Dn. Stryk. dict. disp. c. 3. th. 3.*

Quantum autem, *hodieque*, intersit, an negotium sit civile an prætorium, vid. *sup. tit. de legib.*

Qv. VII. *An actio triticiaria sit arbitraria?*

AFFIRM. Quia ejus, quod rei petitæ additur vel decedit, æstimatio arbitrio judicis relinquitur: *L. 3. l. 4. h. l. 7. Cond. ind. l. 65. §. 6. Eod. l. 8. Cond. furt. junct. §. 29. Act.* Vid *Laut. h. Franzk. h. n. 7. Stryk. d. c. 5. th. 7.* Accedit quod si qualitas reliquarum condictionum, indeque earum naturam sequatur; Uti ergo cæteræ sunt arbitrariæ, ita & hæc.

OBJ. Quod expresse non referatur inter arbitrarias in *§. 29. de Act.*

RESP. Nec præcise omnes in *d. §. 29.* continentur, sed ex descriptione ipsius negotii hanc quoque eo referendam esse apparet.

EXC. Si indebitum per condictionem triticiariam petitur. Vid. *q. 10.* tunc enim uti ipsa condictio, ita & qualitas ejus est stricti juris. Conf. *sup. L. 12. tit. 6. q. 2.*

Varie DISSENTIUNT Dd. quorum alii ad bonæ fidei, alii ad stricti juris negotia, alii ad utraque referunt. *Hunn. ad Tr. V. 1. disp. 23. th. 2.*

Qv. VIII. *An hæc condictio recte dividatur in condictionem certi & incerti?*

Equidem sunt qui id putant. Vide *Dn. Stryk. Disp. de Cond. trit. c. 2. th. 4.* Sed cum ea opponatur condictioni certi in *L. 1. pr. h* quin cum sit ipsa illa generalis condictio incerti, vid. *sup. q. 1.* per rerum naturam illa distinctio hic locum habere nequit.

Qv. IX. *An hæc condictio sit subsidiaria?*

RESP. Condictio triticiaria est ipsa ordinaria condictio vel indebiti, vel furtiva, &c. qua res ipsa petitur, sed cum qualitate, ut æstimatio quoque

locum

locum habeat; & sic hactenus potest subsidiaria dici: Vide *Laut. h. Dn. Stryk. d. disp. c. 5. th. 9.*

Qv. X. *An condictio triticiaria sit propria actio, an saltem qualitas cæterarum actionum?*

RESP. Vox *triticiaria* est saltem qualitas reliquarum condictionum: Neque enim magis propria condictio dici potest quam condictio *certi*, cui opponitur in *L. 1. pr. h.* Vid. *q. 1.* Adeoque *condictio indebiti* vel est certi, si pecunia numerata petitur, vel incerti, sive triticiaria, si alia res præter pecuniam numeratam. *L. 12. Novat. dict. l. 1. pr.* sic *condictio furtiva* illo casu est *certi*, hoc casu *incerti*, & sic de cæteris.

Qv. XI. *An hodie usus sit hujus actionis?*

Videtur NEGANDUM: quia nunquam in praxi ejus mentio fit, at bene notat *Dn. Stryk d. disp. c. 3.* §. *2.* quod licet ejus mentio in foro non fiat, res ipsa tamen loquatur. Conf. *Schilt. Ex. 24. ad ff. th. 60.* Nam cum sit qualitas tantum actionis, vid. *q. præced.* solet ipsa saltem actio nominari & tum ex objecto statim & per se patet, an res certa scil. pecunia numerata petatur, an non, ita ut speciali qualitatis expressione opus non sit. Formulam condictionis triticiariæ ex nostris principiis positis hanc proponemus. Cajus zeiget klagende an, daß er dem Mevio einen fundum ex errore, (oder ex turpi & injusta causa) übergeben habe: Weil nun der quæstionirte fundus sine causa bey dem Mevio sey, so bittet er, denselben dahin anzuhalten, daß er ihm sothanen fundum, oder den Werth davon nebst allen dadurch ihm zugezogenen Schaden und Kosten restituiren müsse.

En! fundum hic peti vel tantumdem, quæ posterior actio est ipsa condictio triticiaria.

Non ergo huc pertinent duæ illæ formulæ a *Dn. Stryk. d. c. 5. th. 1.* allegatæ, utpote cum ita ex omni contractu ordinario condictio triticiaria daretur; Sæpius autem dictum est, condictiones juris Gentium non dari ex illis negotiis, unde jure Civili propria & peculiaris actio formata est, sed tantum ex illis, ubi res desiit esse nostra, adeoque ubi jure Civili nulla actio nullumque remedium supererat; Conf. *supr. t. 4. q. 2. & t. 6. q. 1.* quæ ratio *hodieque durat.*

LIB. XIII. TIT. IV.

DE EO QUOD CERTO LOCO.

Qv. I. *Ex quibus conventionibus oriatur hæc actio?*

Laut. pag. 214. verb. Oritur ex stricti juris conventionibus.

RESP. Ex conventionibus (1) *Stricti juris*, quæ (2) in *dando* consistunt. Non ergo ex conventionibus *bonæ fidei*, utpote ex quarum natura sequitur, ut dentur ad omne id quod æquum & bonum est, & sic per se eis inest, ut alibi intentatæ pro æstimatione loci definiantur. *L. 7. pr. h. Laut. p. 214. lit. R. Scotan. Disp. 31. th. 5.* Neque etiam ex obligatione *faciendi* actio illa oritur; nam in his quoque id quod interest sua natura venit: uti late demonstravi *tit. de Pact. q. 42.* Si ergo factum promissum est Lipsiæ, ubicunque agi ad id quod interest, factum Lipsiæ fuisse, potest: Neque tunc actor plus loco petit, quia id quod interest eo loco factum fuisse, non est certo loco promissum, adeoque ubique a persona peti potest. Atque hinc notanter hæc actio de dando concepta est. *Rubr. tit. de eo quod certo loco* DARI OPORTET, *L. 2. §. 1. & pass. h.*

OBJ. (1) *L. 2. §. 5. h.* Ubi valet stipulatio *insulam fieri* loco adjecto.

RESP. Ibi non quæritur, an obligatio hæc sit arbitraria, si locus adjectus sit, (nam omnino id negandum), sed an loco non adjecto valeat negotium? & negatur; quia si quis, insulam fieri, stipuletur loco non adjecto, indefinita & generalis est obligatio, quæ exitum habere nequit, indeque non valet.

OBJ (2) *L. 7. §. 1. h.* ubi in traditione locum habet hæc actio; Atqui traditio est facti.

RESP. Traditio in *d. l. 7.* opponitur nudo facto, eaque intelligitur res ipsa, quæ tradi debet ex obligatione dandi.

Qv. II. *An actio stricti juris tantum in loco solutioni destinato intentari possit?*

AFFIRMATUR de jure civili, quia si alibi actor agit, plus suo peteret, & ultra id quod promissum est, quod repugnat naturæ stricti juris negotiorum, quibus debetur saltem id, quod verbis expressum est, verbis autem ut certo loco solvatur cautum est; Et licet actor addat mentionem loci solutioni destinati, eumque sibi detrahi velit, tamen nulla potestas judicis est hac de re in stricti juris judiciis, nec aliud peti potest quam de quo conventum.

OBJ.

OBJ. (1) Quod reus in mora esse possit solvendi in loco adjecto, forte quod nunquam eo veniat.

RESP. Suo jure utitur reus, adeoque nec ejus culpa est, quia sibi prospexit adjecto loco: Nec ergo mora est, ubi non est petitio. *l. 38. R. J.*

OBJ. (2) Quod in loco contractus, qualis est locus adjectus, *L. 21. O. A.* etiam absens conveniri & condemnari possit. Vide supra in *Quæst. ad Laut. pag. 102.*

RESP. At executio deberet fieri in loco domicilii, & sic alibi solveretur contra legem stipulationis.

Certum ergo est, debitorem de jure civili non in alio loco quam solutioni destinato conveniri potuisse. At, cum hoc modo in rei arbitrio foret eludere perpetuo solutionem, evitando locum illum solutioni adjectum, cum non fuerit in promissione expressum quod ibi velit comparere, Prætor ex æquitate succurrit actori, eique facultatem concedit in reliquis debitoris foris actionem illam instituendi, facta saltem commemoratione illius loci quo dari debuit. *Laut. p. 214. in f.*

QV. III. *An actio hæc detur ob tempus adjectum?*

NEG. Atque hinc si proximis calendis quis 100. se soluturum promittat, creditor ante tempus nullibi, existente tempore ubique, & in omni foro, agere potest; indeque cessat tota ratio hujus actionis, metusque ne eludatur judicium.

Laut. pag. 215. verb. *ob temporis adjectionem &c.*

OBJ. *L. 4. h.* Ubi dicitur temporis quoque rationem habendam esse.

RESP. Utilitas temporis ibi non petitur propter adjectionem temporis, sed loci, hoc enim adjecto omne interesse petitur, etiam temporis, quod alias cum actio stricti juris sit, peti non posset.

QV. IV. *Cujus utilitas hic inspiciatur?*

RESP. Aliquando *rei*, aliquando *actoris*: *Rei* utilitas semper inspicitur, adeoque si ejus damnum est alio loco solvi, id semper ei conducit, nec hactenus inspicitur ullum actoris commodum, quia reo id jus est quæsitum, & is suo jure utitur ex lege contractus, & alibi conventus plus loco solvit: Idque verum est, etsi in mora sit, nec ad locum destinatum veniat, *l. 2. pr. & §. f. d. Laut. pag. 215. in med.* quia suo jure utitur, & hac lege stipulationis sibi prospexit, sibique imputet actor, quod ita contraxerit.

Laut. pag. 215. verb. *Prout æquitas hoc suadet &c.*

Pona-

Ponamus igitur promissum solvi in Belgio, ubi forte debitor pecuniam paratam habet: Si jam Lipsiæ actione de eo, quod certo loco conveniretur, ubi paratam pecuniam non habet, eoque cogeretur eam sub usuris accipere, hoc damnum omnino detrahi debet actori: Aliquando pro rerum circumstantiis judex actorem, præstita prius a reo cautione de solvendo, ad locum solutionis remittit. *l. 4. §. 1. h. Laut. p 215. in med.*

Actoris utilitas quoque aliquando æstimatur, uti si reus in Belgio solvi promisit, & actor ibi pecunia utitur, adeo, ut si debitor non solveret, sub usura accipere deberet; tunc reus, si forte alibi solutionem offerat, augmentum illud addere debet, quia lege stipulationis ad solvendum in Belgio adstringitur, & mora ipsius non debet nocere actori: Idem quoque est si reus quidem non promisit certo loco solvi, át in loco ubi convenitur pecuniam habeat, sed nolit ibi solvere, cum & posset, & ipsi quoque conduceret; tunc enim dolo ageret, dolus autem nemini prodesse debet. *L. 4. pr. h.*

Qv. V. *An id quod interest æstimetur jurejurando in litem?*

Laut. pag. 215. verb. Quod interesse tamen &c.

NEG. (1) Quia juramentum in litem tantum locum habet, quoties quis id, quod suum est, vel fuit, & sine justa causa ejus esse desiit, quodve dolo, vel contumacia debitoris non redditur, repetit. Vide *supra tit. de jurej. in lit. quæst. 4.* At in præsenti casu id quod interest nec meum est, nec meum fuit, indeque hoc jusjurandum locum habere nequit. Sed & (2) in negotiis stricti juris nunquam juratur in litem, nec hodie, *dict. tit. quæst. 5.* id autem quod interest in hoc titulo tantum petitur ex negotiis stricti juris. Vid. *q. 1.*

Qv. VI. *An creditor, qui debitum certo loco solvendum, in alio ultro accipit, id quod interest hac actione petere possit?*

Laut. [illegible] verb. Si Creditor debitum in certo loco solvendum.

NEG. Quia per ultroneam acceptationem recessisse videtur a priori pacto & loco. *L. 8. l. f. h. arg. l. 49. §. 1. act. Emt.*

OBST. *L. 2. §. 7. h.* ubi id quod interest peti potest.

RESP. Ibi non ipse creditor alibi recipit, sed adjectus solutioni, qui præjudicare creditori non potuit.

Qv. VII. *An actio hæc ubicunque, an vero tantum in foro rei legitimo, institui possit?*

Laut. pag. 215. verb. ubi reus alias forum sortitur.

Posterius AFFIRMATUR: Quia extra forum legitimum nec conveniri nec compelli potest, *arg. l. f. Jurisd.* Vid. *Laut. p. 215. in f. Struv. §. 69. h.*

OBST.

Obst. *L. 16. §. 2. Conſt. pec. l. 43. de Jud. l. 27. Cond. ind. l. 137. §. 2. de V. O.* Ubi quandocunque conveniri poſſe dicitur.

Resp. Verba hæc civili ſenſu, & juxta leges ſunt intelligenda, ſcilicet in foro legitimo: Non enim plus tribuit prætor huic actioni, quam actionibus bonæ fidei; at hæ non niſi in foro competenti inſtitui poſſunt.

LIB. XIII. TIT. V.

DE CONSTITUTA PECUNIA.

Qv. I. *Si quis promittit ſe ſoluturum id quod ante jam debuit, an ſit conſtitutum?*

Negatur: Sed animus conſtituendi adeſſe debet. Vid. *q. ſeq.* Atque ita non obſtat *L. 27. C. Locat.* Ubi quod colonis prorogatum (id eſt erogatum, vorgeſchoſſen,) erat, adeoque quod coloni debebant, dominus promiſit, hæc promiſſio non vim conſtituti, ſed nudi pacti habet, quia dominus non habet animum conſtituendi, ſed paciſcendi de pecunia prorogata: Vid. *Dn. Coccej. Diſp. de Uſ. & diff. pact. & ſtip. Sect. 1. ʃ. 11.*

Qv. II. *An inutilis fidejuſſio valeat tanquam conſtitutum?*

Neg. Quia animus conſtituendi non adeſt, ſed fidejubendi, *L. 1. §. 4. h.* Notum enim eſt conventionum negotia animo contrahentium definiri ac diſtingui, *l. 3. §. 1. O. A.* hic vero negotium propoſitum, ex quo partes obligari voluere, erat fidejuſſio, non conſtitutum. *Dn. Coccej. de Uſ. & diff. hod. pact. Sect. 1. §. 4. & ſeq.* inprimis §. 7. Et ſic contradictio eſſet, partes ex ſuo conſenſu obligari, cum conveniuntur ex negotio quod contractum noluere. *d. §. 7.* Atque hinc inutilis ſtipulatio nec vim pacti habet. *L. 1. §. 2. ff. V. O.* Quin nec ſtipulatio valet, ſi animus ſaltem paciſcendi apparet. *l. 7. §. 12. ff. pact.*

Laut. pag. 216. verb. *inutilis tamen fidejuſſio &c.*

Obj. *L. 8. pr. ff. de Accept. l. 27. §. p. ff. pact.* ubi acceptilatio inutilis habet vim pacti liberatorii.

Resp. Ob favorem liberationis præſumitur quoque animus paciſcendi. Vid. *l. 47. O. A.*

Qv. III. *An mulieres quoque pro aliis constituere possint?*

Laut. pag. 217. verb. *Mulieres &c.*

NEG. (1) Propter exceptionem SCti Vellejani. *Phil. Us. pr. Inst. L. 4. Ecl. 49. n.* 10. Licet sint fœminæ illustres, *ibid. n.* 13.

Exc. Si beneficio suo renunciaverint. *ibid. n.* 11. & quidem sufficit simplex renunciatio si pro extraneo, at si pro marito intercedat, jurata requiritur; *ibid. n.* 12.

Jure Saxonico idem quoque obtinet. *ibid. n.* 17. Quanquam enim mulier cum curatore pro marito in loco judicii intercedens, dotique ac beneficio SCti Vellejani absque juramento renuncians valide obligetur, hoc tamen extendi non debet ad constitutum, quia statuta sunt stricti juris. *ibid. n. 19.*

Qv. IV. *An procuratoribus recte constitui possit?*

Laut pag. 217. verb. *procuratoribus &c.*

AFFIRM. Si (1) speciale mandatum habeant, vel (2) mandatum generale; quibus enim omnia administrare licet, eis etiam constituere licet. *L. 5. §. 6. & seq. h.* Modo promittat debitor se procuratori soluturum, nam hoc casu procurator actionem directam acquirit, & ille domino mandati tenetur. *l. 5. §. 6. h.* Vide *qu. seq.* Secus vero si promittat se ejus domino soluturum, nemo enim alii, & sic nec procurator domino, pacisci potest. *d. l. 5. §. 5. & 6.*

Qv. V. *An ex eo, quod procuratori constitutum est, domino detur actio directa?*

NEG. Nam cum negotium contractum sit inter procuratorem & constituentem, actio directa saltem inter eos dabitur. *l. 5. §. 6. h.* & dictum jam est, liberam personam alii pacisci non posse.

Obj. *l. 14. in f. l. 15. h. t.* ubi quis potest promittere alium soluturum, quia nuntius ministerium saltem præstare videtur.

Resp. Si ut minister intervenit, omnino valet constitutum ipsi domino, & ille directam quoque consequitur actionem; si vero ut procurator, tunc aliud est. Conf. *L. 13. §. 25. act. emt.*

Qv. VI. *An adjecto suo nomine recte constitui possit?*

Laut. pag. 217. verb. *non adjecto suo nomine &c.*

RESP. Distinguitur, an adjectus sit *obligationi*, an *solutioni*: *illud* fit, si mihi & Titio promissum est. *Hoc*, cum mihi aut Titio: *illi* constitui potest, non *huic*; quia solvendi tantum mandatum intelligitur, non constituendi, *L. 7. §. 1. h.* & nulla obligatio in ejus est persona, sed tantum factum solutionis. *d. §. 1.*

§. 1. At ſemper ei ſolvi poteſt, ſive tantum adjectus ſit in principali contractu, *d. l. 7. §. 1. l. 59. de ſolut.* ſive tantum in conſtituto, *L. 8. pr. h.* ſive in utroque. *d. l. 8.* Nam ſolutio facti eſt, & in actu corporis conſiſtit, ex quo alii per alium requiri poteſt.

Exc. Si ei, qui in principali contractu adjectus eſt, prohibitum ſit ſolvi in conſtituto, ut ſi mihi ſoli te ſoluturum conſtituis: *d. l. 8.* tunc enim ſi ſolvis adjecto, adhuc agere poſſum, quia non recte ſolutum eſt; *d. l. 8.* & tibi condictio indebiti competit. *l. 9. h.*

Idem quoque eſt, ſi non tantum adjectus ſolutioni, ſed & correus ſit, tunc enim ſi reus promittat ſe mihi ſoli ſoluturum, non poteſt correo ſolvi. *l. 10. h.*

Qv. VII. *An per ſolutionem adjecto factum reus liberetur ipſo jure ab obligatione quoque principali?*

Affirm. Quia principali debitori per adjectum ſolutum eſt. §. 4. *Inut. ſtip. d. l. 59. de ſolut.*

Laut. pag. 217. verb. *tum ſi tertius ille &c.*

Exc. Si adjectus tantum eſt conſtituto, non principali obligationi; tunc reus non liberatur, niſi per exceptionem doli. *L. p. h. arg. l. 29. f. Mand.* Principalis enim obligatio, v. g. cauſa mutui ipſo jure durat, quia ſolutio non eſt facta ei, qui ex principali obligatione creditor aut ei adjectus erat: neque ex cauſa mutui ſolutio facta videri poteſt, quia ex mutuo nec debitum ei, nec mutuo adjectus fuit, ſed conſtituta. Vide *Treutl. h. §. 11. lit. b.* ubi circa lectionem *dictæ l. p.* quædam monet. Add. *Wiſſenb. Diſp. 26. §. 10.*

Qv. VIII. *Quænam debita conſtitui poſſint?*

Resp. Sufficit debitum naturale, ſive quod omnes effectus debiti habet. Quid vero debitum, quid indebitum ſit, late explicavimus *tit. Cond. indeb. q. 6. & q. 10.* Conf. *B. Par. Hyp. inſt. tit. de act. §. 13.*

Laut. p. 217. verb. *Debitum ex obligatione mixta &c.*

Atque hinc falſa eſt doctrina *Philippi in Uſ. pr. Inſt. L. 4. Ecl. 49. n. 2.* qui ait ex teſtamento imperfecto debitum conſtitui poſſe, nam nec naturale hic debitum ſubeſt. Vide *tit. de teſtam.*

Qv. IX. *An ſufficiat tempore conſtituti debitum fuiſſe, licet poſtea deberi deſierit?*

Diſſent. Laut. pag. 217. verb. *Sufficit tempore conſtituti.*

Resp. Si debitum, quod conſtituitur, ſolutione, confuſione, compenſatione, novatione &c. ſublatum eſt, conſtituens non amplius obligatur. Atque hacte-

hactenus vera est sententia autoris. (1) Quia constitutum supponit debitum præcedens, estque accessio debiti principalis. *L. 5. §. 2. l. 11. pr. ff. l. 2. pr.* ibi: *ita tamen ut pro jam debito fiat constitutum*, & mox, *hoc tantummodo constituatur quod debitum est*, *C. h. t.* cessante ergo principali, scil. debito, cessat quoque ejus accessio. *l. 129. §. 1. R. J. l. 178. Eod.* Et cum (2) constitutum sit species intercessionis, *L. 1. §. 1.* ibi: *Si non intercesserint ff. h. arg. 4. f. C. h.* hujus quoque naturam sequitur: at intercessio tollitur sublato debito ipso jure. *L. 43. ff. de furt.* Idque (3) expresse quoque ita traditur in *L. 43. ff. solut.* ibi: *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur.*

OBJ. *L. 18. §. 1. h.* ibi: *ut si quid tunc debitum fuit eum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert.*

RESP. Loquitur JCtus de obligatione quæ fuit, sed quæ tempore finienda erat: Si hoc debitum constituitur, cum adhuc vim haberet, valet constitutum etiam elapso tempore, nam dum debitum illud indefinite constituitur, partes hoc ipso a priori pacto recessisse videntur, tempusque priori obligationi adjectum novo hoc consensu sublatum illudque perpetuum redditum videtur.

LIB. XIII. TIT. VI.

COMMODATI VEL CONTRA.

QV. I. *An contractus in re aliena subsistat?*

Laut. pag. 219. verb. Propriæ & alienæ &c.

AFFIRM. Quia ex contractu persona obligatur, non res, utpote cum obligatio ex fide data, non ex jure in re oriatur. Diversum ergo est jus rei, quæ promissa est, & proprie contractum non afficit, nec adeo ad ejus essentiam pertinet, a jure obligationis personalis: In terminis id ita traditur in *l. 28. ff. contr. Emt.* ubi emtio rei alienæ valet, non vero ejus traditio.

EXC. Si ad constitutionem contractus pertinet translatio dominii, vel alterius juris in re, quæ cum in re aliena fieri non possit, deficit essentia contractus, ut in mutuo: *l. 2. §. 4. de Reb. cred.* Sic in contractibus innominatis dandi, si do rem alienam ut des vel facias, nullus est contractus, nec actio præscriptis verbis inde datur, *l. 1. §. 3. & 4. Rer. permut.* sed alter, si ille quoque dedit, condicit, quia sine causa est penes alterum; Nec usucapio procedit, nec publiciana datur, nec evictio locum habet: Secus hæc omnia sunt, si meam rem do, at tu das alienam, tunc enim initium contractus subsistit, & sic ego ago actione præscriptis verbis, ut tu quoque impleas, ego usucapio, &c. Idem dicen-

dicendum si ego feci aliquid ut alter daret, & hic rem alienam dedit, valet ex contractu facio ut des, adeoque ex negotio civili, ut recte dixit Paulus cum Mauritio in *l. 7. §. 1. pact. l. 5. in f. de præscr. verb.* Idem tenendum de pignore. Vid. *l. 20. tit. 3. q. 1.*

OBJ. *L. 36. Cond. Ind.* ubi pignus in re aliena valet; Ergo jus reale in aliena quoque constitui potest.

RESP. Alia quæstio est, an pignus in re aliena valeat, & negatur; neque hoc ibi dicitur: Alia, an, si dominus pignoris ei, cui res aliena pignori data est, pecuniam solverit, condicere eam tanquam indebitam possit, & hoc quoque negatur. Nam revera ei qui pignus accepit debitum est, licet non a solvente, & hic sibi imputet, quod pro alio solverit, & licet errore solvat, putans valere pignus etiam in re aliena, non tamen repetet, quia in jure errat.

QV. II. *An fur rem furtivam alii commodando acquirat actionem commodati?*

AFFIRM. *L. 6. h.* Quia contractus etiam in re aliena valet, vid. *q. præced.* etsi furtum faciat, si in id auferat, ut commodet. *l. 14. §. 1. furt.*

OBJ. *L. 12. §. 1. furt.* ubi dicitur, quod nemini ex improbitate sua actio dari debeat.

RESP. Duplex hic actus est, alius quo aufert, alius quo commodat alii; ille impius est, & ex eo non datur actio; hic non est improbus, & ex eo datur actio.

Quid si concurrat fur qui commodavit, & dominus rei, cuinam commodatarius rem restituere debet?

RESP. J. G. commodanti, at ex æquitate Civili, rei Domino, *L. bona fides. ff. depositi*, Vid. *Grot. J. Bel. & Pac. L. 2. c. 10. §. 1.*

QV. III. *An usus certus debeat esse in commodato ratione temporis vel modi?*

NEG. Sed si usus nullo tempore & nec tacite definitus est, res commodata semper repeti potest; si est definitus, saltem tacite, finito tempore, quo uti potuit commodatarius, tollitur commodatum, & non opus est arbitrio judicis: Secus ac putat *Laut. h. lit. B.*

Laut. pag. 220. verb. (3) Ut usus sit certus.

Qv. IV. *An actio commodati sit civilis?*

AFFIRM. Quia eſt ex contractu nominato. Conf. *l. 17. §. 3. h.*

OBJ. *L. 1. pr. h.* ubi ex edicto prætoris oriri dicitur.

RESP. Prætor edixit quoque in actione civili, & inprimis in negotiis juris Gentium, non ergo eſt autor contractus, ſed firmat eum edicto, ut ſolet. Conf. *Goth. ad d. l. 1.*

Quid vero interſit, an ſit prætoria, an civilis, *hodieque*, ſæpius dictum eſt. Conf. *tit. obl. & act.*

Qv. V. *Si quis pluribus rem commodaverit, & omnium fidem in ſolidum ſecutus ſit, an omnes teneantur in ſolidum?*

Laut. pag. 220. verb. *Si quis pluribus &c.*

AFFIRM. Quia quodammodo correi ſunt, *l. 5. §. f. h.* Modo id in ſpecie actum fuerit. *N. 99. c. 1. l. 11. §. f. duob. reis.* Si quis vero ſimpliciter pluribus rem commodavit, tantum tenentur pro rata, *d. N. 99. c. 1. d. l. 11.* etſi communi periculo vaſa utenda conceſſa ſint: *l. 21. § f. h.* Quia ſingulorum fidem in ſolidum non eſt ſecutus. *Laut. h. t.*

Equidem *Hahn. h. n.* 10. nullo caſu in ſolidum teneri commodatarios ait, & dictam legem 5. tantum loqui de doli & culpæ præſtatione putat, ut eatenus in ſolidum unusquisque teneatur; ſed male: Nam in *d. l. 5.* & *d. l. 11.* dicitur eos eſſe inſtar correorum. Vid. *Bach. ad Tr. V. 1. Diſp. 24. th. 2. lit. c. Struv. Ex.* 19. *th. 9. Wiſſenb. D.* 17. *th.* 10.

Qv. VI. *An is, qui rem commodatam, ſciens deteriorem factam eſſe, recipit, videatur renunciaſſe damno?*

Laut. pag. 220. verb. *niſi commodans &c.*

NEG. Sed rem ſalvo jure recepiſſe cenſetur, cum contraria non ſint, recipere, & propter damnum agere. Eodem modo, uti qui partem debiti accipit, non renunciat reſiduo; at hic eſt quædam partialis ſolutio: Neque enim res commodata dicitur reddita, quæ deterior vel corrupta redditur. *L. 3. §. 1. ff. Commod. l. 1. §. 25. ff. depoſ. Carpzov. p. 2. c. 25. def. 6. n. 8.* Cui accedit, quod renunciatio non præſumatur: Atque ita rem decidit *Laut. h. p.* 222. ubi diſſentiunt Dd. ut & *Wiſſenb. D. 27. §. 12.*

Laut. pag. 221. verb. *Si plane inutilis &c.*

Qv. VII. *An re plane inutili facta, vel deperdita, poſſit invito reo ſimilis obtrudi?*

NEG. Vid. *q. præced. Carpz. d. l.*

OBJ.

OBJ. *l. 14. §. 2. ff. Conſt. pec.* ubi is qui certam perſonam fidejuſſuram conſtituit, liberatur alium ſubſtituendo.

RESP. Aliud eſt in re commodata, aliud in fidejuſſore: in commodato enim præciſe eadem res reſtitui debet, in fidejuſſione vero non tam perſona quam cautio inſpicitur, quæ ſi per aliam perſonam æque idoneam præſtatur, non habet creditor de quo queratur.

Atque eam ſententiam quoque probat *Gloſſ. in cap. un. X. Commod. Mev. ad J. Lub. p. 3. tit. 2. art. 1. n. 16.* ubi notat (1) quod ſi dolo res deterior fiat, aut pereat, etiam in litem juretur, *l. 3. §. 2. ff. Commod.* (2) quod re commodata iterum reperta, ea repeti & ſolutum reſtitui poſſit.

QV. VIII. *An commodatarius teneatur ad culpam leviſſimam?*

AFFIRM. Cujus rei rationem naturalem quoque videbimus infra *quæſt.* 10. Nam cum ſola hic accipientis utilitas verſetur, dans autem officium gratis præſtet, hoc ipſi non debet eſſe damnoſum. *L. 61. §. 5. furt. l. 17. teſt. quem. ap. Dn. Coccej. de Culp. D. 3. th. 18.* Idque (2) ita traditur in *l. 18. pr.* ibi: *qualem quisque diligentiſſimus paterfamilias rebus ſuis adhibet. h. t.* & in *§. 2. Inſt.* ibi: *at is qui utendum accipit, ſane quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur, nec ſufficit ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modo alius diligentior eam rem cuſtodire poterat. Quib. mod. re &c.* ita *l. 1. § 4* ibi: *alias tamen exactiſſimam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare compellitur, nec ſufficit eandem diligentiam adhibere, quam ſuis rebus adhibet, ſi alius diligentior cuſtodire poterit. ff. O. A.* idque (3) jure Canonico in terminis traditur, ita enim dicitur in *C. un. X. commod.* ibi: *cum gratia ſui tantum quis commodatum accepit, de leviſſima etiam culpa tenetur.* Atque hæc ita praxi obtinent: Conf. Dn. *Coccej. dict. Diſp. 3. th. 24. Laut. p. 222. Treutl. h. §. 3. Struv. §. 7. h. ibique evol. Phil. L. 3. Ecl. 41. n. 6. & ſeq.*

Laut. pag. 222. verb. Culpam etiam leviſſimam.

Atque hinc (1) commodatarius tenetur, tempore incendii res commodatas ſuis præferre, quia diligentior ita facturus eſſet: Vid. *quæſt. ſeq.*

(2) Qui dicit caſu rem commodatam periiſſe, id probare debet, quia præſumtio contra eum eſt. *Phil. d. l. n. 10.* ubi ita reſponſum refert.

OBJ. (1) *L. 13. §. 1. pign. act.* ubi in pignoratitia actione dicitur venire dolus, & culpa, ut in commodato; certum autem eſt in pignoratitia tantum præſtari culpam levem.

RESP. Explicatur hic textus in *l. 5. §. 2. commod.* præſtatur ſcilicet idem gradus culpæ in pignore, qui in commodato, ſi utriusque eſt utilitas: Nam in *d. l. 5.* expreſſe dicitur, commodatum *plerumque* ſolam accipientis utilitatem

litatem continere, non ergo ſemper; quoties igitur in commodato utriusque utilitas verſatur, ex diſpoſitione ejusdem *l. 5.* præſtabitur levis: & tum recte comparabitur cum pignore. Vid. *L. 13. tit. 7. §. 18.*

Obj. (2) *L. 5. §. 2. & §. 5. commod.* Ubi ſimpliciter culpam præſtari dicitur.

Resp. (1) in *d. §. 5.* expreſſe ait JCtus, & culpam & diligentiam & cuſtodiam *in totum* præſtandam eſſe. Sed & (2) ſæpius jam dictum eſt voce culpæ ſimpliciter poſita intelligi gradum culpæ ex natura negotii definitum. Vid. *infr. q. 10.* Ex natura commodati autem præſtatur leviſſima, ergo & is gradus in ea materia voce culpæ venit.

Obj. (3) *L. 23. R. I.*

Responsio eſt eadem; ſcilicet recenſentur ibi negotia, in quibus ſingulis certus culpæ gradus eſt definitus.

Obj. (4) *ʃ. 2. Quib. mod. re.* verb. *exactam.*

Resp. Ex deſcriptione adjecta apparet quidnam Imperator intelligat per exactam; Scilicet, qualem diligentiſſimus paterfamilias adhibere ſolet, quæ ipſa eſt culpæ leviſſimæ deſignatio.

Obj. (5) *L. 3. ff. per. & com.* ubi ſufficit præſtare exactiorem diligentiam, quam in ſuis.

Resp. Hæc ipſa exactior diligentia in *d. §. 2.* & *l. 18. pr. h.* deſcribitur, quod ſit ea quam diligentiſſimus paterfamilias præſtare ſolet.

Obj. (6) *L. 5. §. 5. h.* ubi dicitur præſtare eum debere cuſtodiam diligentem, adeoque mediam.

Resp. Jam dictum eſt, definitam eſſe hanc cuſtodiam ejusque gradum ex natura negotii, indeque in iis negotiis, ubi ſolius accipientis eſt utilitas ſemper ſubintelligi ſummam.

Obj. (7) *L. 8. ʃ. 3. prec.* junct. *l. 1. §. 3. Eod.* Argumentum tale eſt: Quoties ex liberalitate concedentis negotium procedit, toties ſolus dolus, & lata culpa, præſtatur. *d. l. 8.* at in commodato negotium procedit ex liberalitate concedentis: Ergo. Quod confirmatur ex eo, quod precarium & commodatum æquiparentur, in *d. l. 1.*

Resp. Omnino comparantur in eo, quod in utroque negotio ſolus uſus transferatur, *d. l. 1.* at quoad præſtationem culpæ expreſſe diſtinguuntur, *d. l. 8.* Quod vero regulam *d. l. 8.* attinet, vera illa eſt in negotiis prætoriis, ut in precario,

cario, &c. cujus rei rationem dabimus infra. Non vero in negotiis civilibus, ut commodato.

Exc. I. Si commodans sua tantum gratia contraxit, tunc solus dolus præstatur. *l. 5. §. 10. h. Dn. Coccej. d. disp. 3. th. 18. & 24.*

Exc. II. Si utriusque gratia est commodatum, levis præstatur. *L. 5. pr. h.* & hactenus bene æquiparantur commodatum, & contractus pignoratitius. *L. 13. §. 1. pig. act. Dn. Coccej. d. disp. 3. th. 20. & 24.*

Qv. IX. *An commodatarius rem commodatam viliorem rebus suis pretiosioribus præferre teneatur?*

NEG. Sed suam potest præferre, at tantum ad eum effectum, ut inde commodanti satisfaciat: Quicquid dissentiat *Laut. h. p. 222.* Nam (1) ea sola ratione potest suas præferre, quia minus damni id est, si pretiosior servetur, nam hac servata, non commodanti tantum, sed sibi quoque in parte prospexit: Si vero (2) ea mente res commodatas neglexit, ut suas res pretiosiores sibi soli servaret, non exhibet utique sic in commodato summam fidem & diligentiam, uti adhibere tenetur, *l. 18. pr. h.* & posset alius diligentior meliorem fidem commodatis præstare, & vel præferre commodatas, vel ea mente suas servare, ut exinde satisfacere possit: Accedit (3) textus expressus in *l. 5. §. 4. h.* ubi re commodata incendio consumta commodatarius tenetur, si, cum possit res commodatas salvas facere, suas prætulit: & ratio ex *d. §. 4.* hæc additur, quia culpa aliqua intervenit: Sed & (4) textus non distinguit an vilior sit, an vero pretiosior, nec opus est distinguere, nam utroque casu tenetur restituere. *arg. l. 27. C. testam.* Denique & (5) Doctores communiter facultatem præferendi res suas concedunt tantum quatenus sunt pretiosiores, idque solum jus suum est, qua pretiosiores sunt, non qua æquales. Ergo qua non pretiosiores sunt, debet commodanti inde satisfieri, cujus id jus est.

Obj. (1) *arg. l. 14. ff. de Præscr. verb.* ibi: *qui servandarum suarum mercium causa alienas merces in mare projicit, nulla tenetur actione.*

Resp. Loquitur de mercibus, quæ ex nullo negotio ad meam curam pertinent; ibi ergo, cum ad culpam levissimam non tenear, nec eam susceperim, cessabit quoque ratio, cur alienas præferre, vel ex meis servatis satisfieri debeat: sed & omnino ibi projiciens tenetur ex lege Rhodia de jactu.

Obj. (2) Quod ordinata charitas a se ipso incipiat. *arg. l. 6. C. servit.*

Resp. Nisi pacto ad summam diligentiam me obligaverim, tunc enim alienas res magis curare teneor, quam meas. In *d. l. 6.* ergo nihil gestum est, & sic de culpa quæri nequit.

INSTO, (3) Quod culpæ leviſſimæ præſtatio ſit, quando quis omittit id, quod diligentiſſimus paterfamilias facere poteſt, at diligentiſſimus quoque ſemper præferet rem pretioſam.

RESP. Imo alius diligentior meliorem fidem commodatis præſtare potuiſſet, uti ad rat 2. demonſtravi. Sed & dictum jam eſt, diligentiſſimum patremfamilias ideo prælaturum rem pretioſiorem, quia ea ſervata non tantum commodanti, ſed ſibi quoque proſpicit.

In praxi nihil mutatum apparet, neque præjudicia contra clarum textum exſtant, nec unius *Lugo* autoritas tanta eſt, ut jus ſtatuere valeat.

Equidem communis Dd. ſententia eſt, præferri poſſe res proprias, ſi pretioſiores ſunt. Vid. *Brunn. ad l. 5. ff. 4. h. ibique late Dd. Laut h. p. 222.* at intelligendum hoc eſt ad eum effectum, ut exinde ſatisfieri commodanti poſſit, non vero ut ſolus eas retineat. Vid. *Struv.* §. *8. h.*

NOT. Quod Autor *p. 222.* ſtatuit commodatarium, qui res ſuas pretioſiores neglexit, ut ſervaret rem commodatam, a commodante id quod amiſit repetere poſſe, & juris & rationis fundamento deſtituitur. Nam cum teneatur rem commodatam præferre, *l. 5.* §. *4. h.* & quidem propter exactiſſimam diligentiam, quam adhibere debet, *l. 18. pr. h.* non video quo jure aliquid repetere poſſit.

QV. X. *Quidnam jure naturæ circa culparum materiam obtineat?*

Egregie rem expedivit *B. Par. in Collat. ad Struv.* ex quibus pauca, & compendioſe quidem, excerpta proponam.

Deus nobis voluntatem & intellectum dedit, ut præcepta ejus cognoſcere, & actiones noſtras juxta eorum normam moderari poſſimus, quoties ergo aliquid contra hæc præcepta fit, quod vi harum facultatum, ſi rite adhibeantur, præcaveri potuit, culpa eſt, &, ſi cum propoſito id agitur, dolus. *Dn. Coccej. Collat. contra Struv. collat. 2.* §. *1. 2. 3. & 4.*

Ex rigore naturali ergo homo ad omnem etiam exactiſſimam diligentiam, quæ ab humano intellectu proficiſci poteſt, tenetur, *l. 21. C. mand.* quæ regula adhuc certis caſibus obtinet. *Dn. Coccej. d. l. ff. 5. & 8.* At cum hæc præſtatio rigoroſa propter humanam imbecillitatem impoſſibilis fere ſit, Jus Civile temperavit rigorem juris naturæ, & regulariter exigit talem diligentiam, quæ cadit in hominum naturam in præſenti ejus ſtatu, & pro corrupta ejus conditione; quæ dicitur culpa media, eaque regulariter præſtatur: Indeque voce culpæ ſimpliciter poſita ea intelligitur. Vid *l. 6. J. ign. l. 9. ff. 2. Eod. l. 32. depoſ. Dn. Coccej. d. coll. 2.* §. *6. & 7.*

Ceſſat

Cessat autem ille favor imbecillitatis humanæ (1) in iis, qui ultro suscipiunt negotium, vel profitentur artem, peritiam, &c. quia nemo rem alienam, utpote in qua ipsi nihil est juris & arbitrii, potest pro arbitrio suscipere, *l. 36. R. J. c. 19. eod. in 6.* sed dum suscipit, renunciat illi imbecillitatis beneficio, & summam diligentiam recipit. *l. f. §. 12. C. jur. del. c. 28. Elect. l. 21. C. mand. Dn. Coccej. d. l. §. 8. & 9. & 10.* (2) Quando negotium solius accipientis, i. e. ejus causa, factum est, qui in re aliena damnum dedit, adeoque ubi dans merum officium præstitit, ut in casibus *l. 17. §. 3. commod. l. 108. §. 12. l. 36. §. f. leg. 1. Dn. Coccej. d. l. ʃ. 11.* Tunc enim accipiens beneficium summam diligentiam adhibere debet.

Prætor quoque (3) rigorem illum in quibusdam negotiis mitigat; quoties enim ipse jus, quod lege civili neglectum est, introduxit, solum in eo dolum, non culpam, comprehendit; cum enim lege civili nihil de eo negotio cautum fuerit, sufficere putavit si dolum saltem coërceret. *L. 1. §. 1. si mens. fals. mod. Dn. Coccej. d. l. §. 25.*

Aliquando vero (4) nec opus est beneficio imbecillitatis, uti si mera est dantis utilitas, & accipiens officium præstet, *l. 61. ʃ. 5. furt.* vel dominus alii rem certam emendam mandet, quod prudentiam non requirit, *l. 8. ʃ. f. l. 10. pr. Mand. Dn. Coccej. d. l. §. 12.* tunc enim sufficit minimam diligentiam adhiberi. *d. l.*

NOT. Atque in his negotiis exceptis non intelligitur regulariter culpa levis, & diligentia media, sed voce culpæ ibi simpliciter posita intelligitur gradus ex natura negotii definitus. Vid. *Dn. Coccej. de Culp. D. 1. prop. 12. & 13.* item *Disp. 2. ʃ. 12 & Collat. contra Struv. Coll. 2. §. 13.* Conf. *supra Qu. 8. obj. 2. & infr. q. 12.*

DE DOLI ET CULPÆ PRÆSTATIONE CIVILI.

His ita præmissis facilis erit tractatio de culpis, alias inextricabilis visa: quam nervose & perspicue *B. Parens in Hyp. Inst. tit. de Obligat. §. 9. & seq.* ita exhibet:

Ex contractu vel quasi duplex præstatio est: (1) rei ex eo debitæ. (2) doli & culpæ. *DOLUS* est omnis machinatio ad lædendum alterum adhibita, *l. 2. §. 2. Vi bon. rapt.* *CULPA*, factum lege improbatum, præter dolum. *l. 5. §. 1. l. 8. §. 1. ad L. Aq.*

CULPA alia *versutiæ* vulgo dicitur, *Rec. Imp. 1594. §.* dieweil 69. Alia *negli-*

negligentiæ: Illa eum quis id agit, quo ſcit alium lædi, vel lædi poſſe, non tamen lædendi animo: *l. 7. pr. l. 32. Dep.* eaque ſemper pro lata culpa habetur. *d. R. I. §. 69.*

Culpa negligentiæ eſt caſus non proviſus, qui provideri debuit diligentia. *l. 5. §. f. l. 6. l. 8. §. 1. Ad L. Aq.* Hujus *culpæ* ſunt tres gradus: (& totidem diligentiæ) *lata*, quæ eſt omiſſio *minimæ* diligentiæ. *l. 213. §. f. l. 223. V. S. levis*, quæ *mediæ*, *l. 18. pr. commod. leviſſima*, quæ *maximæ*, *§. 2. Quib. mod. re contr.*

Culpa, vel *diligentia* ſimpliciter poſita, intelligitur media. *l. 3. §. 1. l. 6. Jur. ign.*

Exc. Negotia, in quibus certus culpæ gradus lege definitus eſt, *l. 13. §. f. l. 14. Pign. act. l. 23. R. I.* Ita natura ſua intelligitur, & præſtatur, culpa *leviſſima*, in negotiis ultro ſuſceptis, *l. 21. C. Mandat.* & ubi utilitas eſt ſolius accipientis: *l. 5. §. 2. commod. lata*, ubi ſolius dantis, *d. l. 5. §. 2.* & in precario: *l. 8. §. 3. Prec. levis*, ubi utriusque *d. l. 5. §. 2.* & in tutela. *l. 1. pr. Tut. & rat.*

Lata culpa regulariter præſtatur, & dolo comparatur. *l. 226. V. S.*

Exc. (1) Si delicti natura malitiam requirat. *l. 7. Sicar. l. 37. Uſuc.* (2) In re communi lata culpa levi comparatur, non dolo. *l. 23. R. I. §. fin. Societ.*

CASUM, niſi in culpam cadat, nemo præſtat; qui vero recipit, etiam inſolitum recipit, etſi de eo non cogitaverit: alias res perit domino *l. 9. C. Pign. act. d. l. 23.* & creditori *l. 91. §. 3. V. O.*

His principiis ita poſitis facile detegi poterunt errores communis ſententiæ, quos in ſequentibus notabimus.

Qv. XI. *An culpa dolo comparetur tantum in contractibus, & in quibusdam delictis?*

Laut. pag. 225. verb. in contractibus, & quibusdam.

Ita putat *Lauterb. p. 225.* ſed refellitur hæc doctrina a *B. Parente in Collatione Juridica contra Struv. pag. 62. §. 3. & 4.* His verbis: Nam, *ait*, regula generaliſſime traditur in *l 226. V. S.* Magna negligentia culpa eſt, MAGNA CULPA DOLUS, ſed & in omnibus cæteris locis generaliter hæc regula effertur. Nec quicquam ipſius generalitati detrahit, quod referatur ſæpius in materiis contractuum, inde enim non reſtringitur ad contractus, quia ratio generalior eſt ipſa materia cui applicatur. Sed nec refertur hæc regula tantum generaliter in contractibus, *l. 1. §. 5. O. A. l. 1. C. dep. l 32. ff. eod. l. 2. §. 5. Hær.*

Hær. vend. &c. ſed & in deliĉtis, *l. 1. ſ. 2. junĉt. §. ult. Si is, qui teſt. lib.* item in interdiĉtis, *l. 8. §. 3. Precar.* ſolutionibus, *l. 29. pr. Mand.* & aliis negotiis, quæ reſtitutione damni dolum puniunt. *l. 1. §. 1. ſi menſ. fal. mod. &c.* Conf. *Coll. 2. §. 21. & diſp. 3. De Culp. ſ. 7. & 13.* Huic ergo generalitati tamdiu inſiſtendum erit, donec appareant exceptiones. *l. 1. §. 1. leg. præſt. l. 12. §. 1. q. & quibus.*

Tales jam exceptiones inveniuntur (1) in lege Cornelia de ſicariis, *l. 7. Sicar.* & cum nulla ibi ſit ratio ſpecialis, ſed ratio malitiæ, quæ in criminibus ſpeĉtatur, cæteris ſit communis, reĉte ad cætera quoque crimina ex ſimilitudine rationis extenditur, (2) in deliĉtis privatis, in quibus malitia ſeu animus delinquendi punitur, uti furtum, *§. 7. obl. q. ex deliĉt.* injuria, *l. 31. §. 1. Injur.* Vis, *l. 2. §. 4. Vi bon. rapt. &c.* cum enim hæc ſit pœna malitiæ, utpote quæ jure Civili regulariter tantum punitur, *Coll. 2. §. 14. & 17.* in latam culpam pœna illa non competit. Secus igitur in deliĉtis, in quibus agitur ad damni reſtitutionem, quæ omnino facienda eſt, etſi non per malitiam ſed negligentiam aut imperitiam damnum ſit datum, ne alterius deſidia alteri damnoſa ſit: Unde etſi ſub iſta reſtitutione damni aliquid pœnæ quoque contineatur, hoc tamen ſequitur naturam principalis. *l. 1. ſ. 2. ſi is qui teſt. arg. c. 42. R. I. in 6.* Eſſe tamen deliĉta, quæ ſua natura malitiam continent, nec culpam latam admittant, diximus *Coll. 2.*

Qv. XII. *An voce culpæ ſimpliciter poſita regulariter intelligatur media?*

AFFIRM. *l. 6. J. ign. l. 9. ſ. 6. Eod.* omnesque textus a *Lauterbach. p. 226.* allegati id confirmant, rationem expoſui *ſupra q. 10.*

Laut. pag. 226. verb. Quæ in jure regulariter &c.

EXC. Niſi culpa ſimpliciter ponatur in materia, ubi certus culpæ gradus eſt definitus, tunc enim intelligitur gradus in illo negotio definitus: atque hinc ſi in materia mandati, commodati, &c. occurrat vox culpæ ea intelligitur leviſſima, ut & in omnibus negotiis ultro ſuſceptis: Si vero culpæ mentio fit in materia precarii, lata; in materia vero tutelæ, &c. levis intelligitur. Conf. *l. 13. ſ. f. l. 14. pign. aĉt. l. 23. R. J.* Conf. *B. Par. in Hyp. Inſt. de obl. §. 12.*

Qv. XIII. *Quid ſit culpa in abſtraĉto, quid in concreto?*

Laut. pag. 226. verb. Hæc culpa interdum in concreto &c.

RESP. Culpa in *concreto* eſt, quæ æſtimatur ex diligentia ipſius agentis, in *abſtraĉto* quæ ex diligentia hominum communi. *L. 32. ff. depoſ. Illa* habetur effeĉtu pro lata culpa: *d. l. 32.* & eſt ſpecies culpæ verſutiæ, quia agens ſcit

ſcit alium inde lædi poſſe. *arg. l. 7. §. 2. adm. tut.* *Hæc* culpa in concreto præſtatur in ſocietate, & rerum communione, indeque ſocius tenetur, quoties non adhibet eam diligentiam, quam in ſuis rebus adhibet, ſive illa ſit maxima, ſive media, ſive minima, neque ergo hic diſtinguuntur gradus culpæ: diſſentit *Laut. p. 226. ibique Dd.* & licet *c. 2. X. depoſ.* nimis crudum eſſe dicant, tamen præſumtio eſt pro jure.

Qv. XIV. *An maritus in rebus dotalibus eandem diligentiam in concreto teneatur adhibere?*

Laut. pag. 226. verb. ſi tamen maritus &c.

NEGATUR: Sed ſufficit talem adhibere, qualem uxor in ſuis adhibere ſolet, *l. 24. §. 5. ſol. matr.* quia uxor non debet eſſe ſeverior in maritum, quam in ſe ipſam.

Qv. XV. *An diligentiæ vocabulo abſolute poſito, intelligatur ſumma?*

Laut. pag. 226. verb. Hæc vocabulo diligentiæ &c.

NEG. Sed media, *l. 3. l. 6. Jur. ign. l. 13. §. 2. 3. V. O.*

EXCIPI. Si ex natura negotii alius gradus diligentiæ eſt definitus, uti in textibus autoris, imprimis *l. 5. §. 2. in f. & § f. commod.* Vide *ſupra q. 12.*

Qv. XVI. *An vox cuſtodiæ denotet diligentiam exactiſſimam?*

Laut. pag. 227. verb. Cuſtodia enim nihil eſt &c.

NEGATUR: Nam cuſtodia & diligentia ſpecie tantum, non gradu, differunt: Diligentia enim adhibetur in omnibus negotiis gerendis, cuſtodia vero tantum in iis rebus, quæ quis tenet, etſi non gerat: Hinc in quibusdam contractibus concurrit cuſtodia, ut in venditione, credito pignoratitio, commodato, &c. quia venditor, creditor, &c. rem tenent; In quibusdam vero nulla eſt cuſtodia ex natura negotii; verbi gratia in negotiorum geſtione, mandato &c. niſi in ſpecie quoque ea pacto promiſſa ſit. *l. 5. ſ. f. h.*

Atque hinc cuſtodia quoque tres gradus habet. Sed tantum in rebus quæ poſſidentur. *d. l. 5.* Unde cuſtodiæ voce ſimpliciter poſita, intelligitur mediocris, niſi ex natura negotii certus gradus ſit definitus: Atque hinc in commodato ea denotat ſummam, in locatione mediam cuſtodiam, &c.

OBJ. Cur vero præter diligentiam in quibusdam legibus additur cuſtodia?

RESP. Quia quædam negotia ſunt, ubi etiam cuſtodia requiritur: & ſic clara eſt *d. l. 5.*

Qv. XVII. *An superlativus semper significet extremum gradum?*

AFFIRM. Nam in negotio, quod per gradus distinguitur, & ubi tanti interest ratione graduum, vocum proprietas observari debet: Neque textus pro sententia autoris militat, sed tota res ex præcedentibus clara est.

Laut. pag. 227. verb. Neque superlativus semper significat &c.

Qv. XVIII. *Quid in unoquoque contractu præstandum sit?*

RESP. Hoc jam demonstratum est *sup. q. 10.*

Laut pag. 228. verb. Quid in unoquoque contractu &c.

Qv. XIX. *An commodatarius, qui pacto forte recepit casus, teneatur ad insolitos?*

AFFIRM. Nam (1) omnis casus est insolitus, adeoque generalitati hujus vocis tamdiu insistitur, donec probetur exceptio, *l. 8. ff. publ. in rem. l. 1. §. 1. Legat. præst.* (2) Propter *L. 78. §. f. Contr. Emt.* ubi venditor, qui casum recepit, etiam tenetur de damno, quod contra consuetudinem tempestatis datur: Idque (3) in praxi ita obtinet: Uti præjudicium est apud *Carpz. p. 2. c. 26. def. 8.* Conf. *Fabr. C. L. 4. t. 41. def. 2. & late Dd. apud Laut. p. 223. in pr. & p. 229. in f. Treutl. V. 1. D. 29. th. 6. lit. b.* aliud præjudicium exhibet *Carpz. p. 2. const. 37. def. 17.*

DISSENTIT *Gail. L. 2. O. 42. n.* 18. ubi ait, non intelligi de iis cogitatum, indeque nec juramentum ad fortuita extendi, *n.* 19. & 20. Nisi etiam insolitis renunciatum sit, *ibid.* Conf. *Id. L. 2. O. 52. n.* 27 Alii ad insolitos quoque commodatarium teneri dicunt, sed excipiunt insolitissimos, qui forte mille annis semel contingunt: *Carpz. d. def. 8. in f. & d. def. 17. Dd. apud Lauterb.* 223. Sed utraque sententia repugnat & generalitati vocis, & legibus: Ego contrahentibus in hoc dubio consultum velim, ut inserant contractui, commodatarium casus etiam insolitos & insolitissimos præstare debere: Cæterum circa præstationem casus fortuiti consuetudo cujusque provinciæ rite observanda est.

Qv. XX. *Quænam commodatario competat actio, si ipsi res surrepta sit?*

RESP. Domini electio est, furem, an commodatarium convenire velit; hic fure electo liberatur, ipse vero electus regressum adversus furem habet: Nec domino licet uno electo variare, nisi surreptum nesciat, & nondum satisfactum ei sit. §. 16. *Inst. de Obl. quæ ex del. Hyp. Inst. ibid.* §. 8.

OBJ. Quod regula generalis sit, penes quem est custodia, penes eum quoque

quoque esse commodum custodiæ; commodum autem est, dum contra furem agitur actione in quadruplum.

RESP. Singulare esse in commodato, ubi domino electio competit, quia liberalitas domini nullo modo ipsi debet esse damnosa. Vid. *Hyp. Inst. dict. tit.* §. 8. *Harpr.* §. 2. *Inst. Quib. mod. re & n.* 57. & *seq.*

Tota hæc quæstio & lis hodie cessat, quia actiones in quadruplum sublatæ sunt: *d. Hyp.* §. 9. *ibique late Dd.*

QV. XXI. *An, si res æstimata taxationis gratia commodatario tradatur, hic casum præstet?*

Laut. pag. 230. verb. *Nisi ubi alias &c.*

Recte hoc NEGAT *Lauterb. p.* 230. Quia commodatarius per hanc æstimationem non fit dominus, uti fit si venditionis gratia æstimatur; de quo est *l.* 10. *C. de jur. dot.* & reliqui textus autoris: Nam hoc casu ideo videtur adhiberi æstimatio, ut de valore & pretio rei eo facilius constare possit, si forsan culpa conductoris perierit; Atque ita quoque rem decidit *Carpz. p.* 2. *c.* 37. *def.* 16. ubi præjudicia allegat.

EXCIPIUNT vero Dd. negotia, in quibus levissima culpa præstatur, tunc enim dicunt hanc æstimationem unum gradum addere. *Laut. pag.* 230. *pr.* Atque hinc si commodatario res æstimata taxationis causa tradatur, putant casum ab eo præstari, quia jam ex natura actionis ad levissimam culpam tenetur; æstimationem vero, quæ simul custodiam transfert, aliquid operari debere; idque probant ex *l.* 52. §. 3. *ff. pro socio. l.* 5. §. 3. *ff. commod.* eamque communem sententiam ait *Lauterbach. d. l.* Sed omnia hæc gratis dicuntur: Nam (1) jam *supra q.* 16. dictum est, custodiam non differre a diligentia gradu, sed specie. Atque hinc (2) quoties in illis negotiis, ubi ex natura negotii præstatur culpa levissima, ultro custodia recipitur, culpa levissima tam ratione gestionis quam ratione custodiæ præstatur: Neque aliud (3) in *d. l.* 52. dicitur, quam quod tacite custodiam recepisse videatur, scilicet ad eum effectum, ut culpam levissimam præstet, non casum: *Dicta l.* 5. §. 3. vero plane huc non pertinet, sed loquitur de æstimatione venditionis gratia facta: verb. *æstimationem se præstaturum recepit.* Et quo modo, verbi gratia, commodatarius, ideo quia custodiam habet, casum fortuitum præstare teneretur, cum casus sit qui provideri nequit, at eo casu ille, qui custodiam habet, non tenetur: *L.* 41. *ff. Locat.*

LIB. XIII. TIT. VII.

DE PIGNORATITIA ACTIONE.

Qv. I. *Quale debitum requiratur ad constituendum pignus?*

RESP. Omni debito accedere potest pignus, modo sit naturale, nam effectus naturalis debiti est, ut accessiones valeant. Vid. *quæst. ad tit. de Pignor.* Conf. *sup. tit. de Pact. q. 39.* Quid vero sit naturale debitum, explicatum est *dict. tit. de Pact. q. 39.*

Dissent. Laut. pag. 230. verb. *Civilis vel naturalis &c.*

OBJ. *l. 13. Quib. mod. pign.* ubi pignus solvitur, si quis injuria judicis absolvitur a debito: Cum tamen certum sit, hoc casu manere naturale debitum. *L. 60. pr. Cond. ind. l. 8. pr. rem rat. hab.*

RESP. Falsum esse injuria judicis absolutum natura debitorem manere, prout demonstravi *supr. tit. de cond. ind. q. 11.* ubi & mentem *d. l. 60. & d. l. 8.* explicavi.

Qv. II. *An debito mere civili pignus accedere possit?*

NEG. Quia debitum mere civile pro indebito habetur; Vid. *supr. tit. de Cond. indeb. q. 6.* indeque nec pignus ei accedere potest. *L. 5. pr. l. 14. §. 1. pignor.* Probatur hoc evidenter ex *l. 3. Quib. mod. pign. solv.* ubi, si juratum est non deberi, pignus liberatur, etsi civilis obligatio maneat; quia hæc perpetua exceptione jurisjurandi eliditur. Conf. *L. 44. de Cond. ind. l. 11. Eod.*

OBJ. *arg. l. 11. §. 2. h.* ubi actio pignoratitia datur contra eum, qui promisit pecuniam, & non solvit; adeoque ibi pignus est sine debito naturali.

RESP. Immo expresse dicitur ideo repeti posse pignus, quia debitum non est. Nam accedit pro futuro debito, qua proinde spe cessante, etiam cessat pignus.

Qv. III. *An pignus nudo consensu constitui possit?*

NEG. Sed traditione: Nam refertur inter contractus reales, quia re contrahitur, indeque a pugno nomen habet. *L. 238. §. 4. de R. I.*

Laut. pag 230. verb. *Causa efficiens est consensus &c.*

OBJ. *L. 1. pr. h. l. 66. pr. Furt.* ubi etiam nuda conventione pignus dicitur contrahi.

RESP. Pignus ibi sumitur generaliter pro omni negotio, quo in securi-

tatem alterius quid constituitur, adeo ut etiam contineat hypothecam, quæ nudo pacto constituitur.

Qv. IV. *An tacita antichresis hoc ipso constituatur, quando res fructifera pignori datur?*

Laut. p. 231. verb. *Tacite ad modum legitimarum &c.*

RESP. Quidam id putant, & Cujacius inventor est ejus sententiæ; *L. 8. obs.* 17. quod scilicet, quoties res frugifera oppignoratur, tacita antichresis constituatur: Sed male (1) quia ex pignore sua natura non sequitur perceptio fructuum, utpote cum (2) pignus præter securitatem nihil conferat; unde (3) in *l. 1. l. 3. C. h. l. 1. C. dist. pign.* dicitur, fructus in sortem computari debere, non ergo loco usurarum creditor eos percipit: quod adeo verum est, ut, si ex fructibus perceptis jam satisfactum sit, exstinctum videatur debitum ipsum: *L. 1. de distr. pign.*

At, cum creditor pro debito usuras quoque percipere debeat, retinere tantundem ex fructibus, & sic usuras inde deducere potest; & de eo loquitur *L. 8. Quib. mod. pign.* ibi: *potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere.*

Atque hoc ita in praxi obtinet: Nam ita quotidie videmus debitorem creditorem compellere ad rationes reddendas. Conf. *q. seq.*

Qv. V. *An creditor antichreticus in infinitum percipere possit fructus loco usurarum, si ea lege ei res datur, ut vice usurarum percipere possit fructus?*

Laut. ibid. verb. *certi, tum ultra &c.*

Bene distinguit Autor, an *incerti* sint fructus, an vero *certi*: *ILLO* casu non potest legitimus usurarum modus exacte observari, quia incertitudo multum detrahit vero pretio. *l. 23. C. usur.* Et hinc in fructibus non inspicitur aliqualis excessus, quia & deficere, & ob causam non sequi possunt. *l. 15. §. 2. locat.* Sic & habitatio, etsi pluris sit, ita percipi potest, quia pro usuris, quasi minore mercede locata intelligitur. *L. 14. C. de Usur. Goth. d. l. 14.*

Nullum ergo remedium superest, nisi probetur debitorem in æstimatione usurarum ultra dimidium læsum esse, tunc enim injusta æstimatio est. *L. 2. C. resc. vend.* Et cum hoc negotium sit instar venditionis, (emisse enim fructus pro usurarum pretio videtur,) applicari huc quoque dispositio *legis 2 de Resc. vend.* potest. Atque hoc ita tradunt *Accurs. & Papon. apud Goth. d. l. 14. C. Usur. lit. u* Licet ipse de eo dubitet, quia incerta spes est fructuum.

Atque hinc in praxi quoque modicus (immodicum autem in jure est, quod excedit dimidium, *d. l. 2.*) excessus non solet computari. Et sic in curia Haroerst. judica-

judicatum eſt in caſu Reichart contra Fahſeln, 30. Sept. 1706. & in cauſa Schwanebeck contra Ortleben, 16. Sept. 1706 quæ ſententia in Leuterationis inſtantia confirmata eſt: Conf. *Laut. p.* 231. *ibique late Dd.* & præterea *Carpz. pract. Crim. p.* 3. *quæſt.* 92. *n.* 73. & *de Aſyl. debit. poſ.* 13. *C. I. A. L.* 2. *tit.* 1. *th.* 14. *n.* 2.

HOC CASU ultra legitimum uſurarum modum pactum non ſubſiſtit. *Laut. p.* 232 *ibique late Dd.* Quicquid enim ultra conſuetas uſuras præſtatur, habetur pro uſuraria pravitate, quæ negotium reddit ipſo jure nullum, *l.* 20. *l.* 29. *l.* 40. *ff. Uſur. l.* 15. *l.* 60. *C. Eod.* & ſolutæ uſuræ repetuntur aut ſorti imputantur. *l.* 26. §. 1. *verſ. ſi autem quis &c. C. uſur.* Vid. *Laut. p.* 418. *in f.* & *p.* 419. *in f.*

Atque hoc ita verum eſt (1) etſi partes in ſpecie ita pacti ſint, quia pactum hoc induceret uſurariam pravitatem, & ſic turpe eſſet. *Carpz. de Aſyl. deb. c.* 1. *th* 13. *n.* 113. *Mart. proc. tit.* 50. §. 3 *n.* 51. Ita in eadem Curia judicatum eſt in cauſa Kirchhof contra den Rath zu Horenburg, Anno 1706. Menſ. Novembr.

(2) Etſi juramentum quoque acceſſerit: quia juramentum non eſt vinculum iniquitatis; nec jura publica eo inverti poſſunt: *arg. l.* 58. *pact.* & tale juramentum eſt contra bonos mores juris Canonici, indeque non valet *cap. Quamvis &c. de pact. in* 6. Idque ita ſtatuunt *Carpz. l.* 5. *Reſp.* 9. *n.* 14. *Dn. Stryk. C. C. Sect.* 2. *c.* 1. *n.* 24. *Marp. Vol.* 4. *conſ.* 19. *n.* 19.

(3) Etſi de exceſſu immodico ſemel transactum ſit; nam transactio de criminibus & delictis non capitalibus non valet. Supra *tit. de tranſact. q.* 10. Neque contra leges valet conventio. *L.* 6. *C. LL.* Idque verum, etſi contractus judicialiter ſit confirmatus. *Lynck. dec.* 906.

Qv. VI. *Quænam actio detur pro repetenda antichreſi?*

RESP. Actio pignoratitia, *L.* 33. *ff. h.* Nam hæc eſt actio bonæ fidei; notum autem eſt, pacta adjecta negotiis bonæ fidei formare naturam negotii, & producere actionem ex ipſo contractu. Vide *tit. de Pact. q.* 19. & *ſeq.*

Sed videtur antinomia eſſe inter *L.* 33. *h. t.* & *l.* 11. *ſ.* 1. *de pign.* in illa affirmatur dari pignoratitiam, in hac vero id negatur.

RESP. In hac agitur non de debitore, qui ſoluto debito repetit antichreſin, ſed de creditore, qui rem antichreticam amiſit, & quæritur qualemnam actionem habeat ad rem illam a tertio poſſeſſore vindicandam? Sane *pignoratitia* dari nequit, utpote quæ ſaltem debitori datur contra creditorem nec *hypothecaria*, quia in eam tantum venit res ipſa, & pignus, non vero pactum adjectum, utpote quod in negotiis ſtricti juris non producit actionem ex ipſo con-

contractu. *tit. de pact. q. 20.* Nulla ergo alia superest actio præter eam, quæ in factum est.

INSTO, Antichresin nihil aliud esse quam pignus. *l. 33. h.* Nam ideo debitorem hoc verbo uti posse traditur *ibid.*

RESP. Imo vocula *verbo* ibi non respicit ad antichresin, sed actionem pignoratitiam, ut proinde sensus sit, quod creditor utatur verbo pignoratitiæ actionis, quia pignus est, sed cum pacto antichretico.

Qv. VII. *Quid sit lex commissoria, & cur ita dicatur?*

Laut. pag. 231. verb. *Lex commissoria &c.*

RESP. Lex commissoria hic est pactum, quo inter creditorem & debitorem convenit, ut debito ad diem non soluto pignus pro debito cedat creditori. *L. f. C. pact. pign.*

Cur autem commissoria vocetur, variant interpretes: *alii* committere hic idem volunt quod delinquere: & ita dici, quia committitur sive delinquitur in legem stipulationis: *Bach. ad §. 4. in f. V. O.* Sed horum sententia refutatur a *B. Parente in Disp. de Commiss. §.* 12. ea in primis ratione, quia non semper in materia commissi agitur de delicto, cum committatur quoque stipulatio ob solam conditionis existentiam.

Novam sententiam circa originem hujus vocis tuetur *B. Parens in dicta disputatione;* Eamque ita explicat; Committi ea quæ contraria sunt tunc dicuntur, cum facultas in invicem agendi incipit; ita prælium committi dicitur, cum duo exercitus signo dato concurrere incipiunt: *d. disp. §. 2.* Atque ita ad ejus imitationem negotia quoque civilia nonnunquam committuntur; inprimis cum a lege agendi ex eis facultas suspenditur; in momento enim quo id factum, vel casus existit, quasi signo dato incipit agendi in invicem & congrediendi facultas, atque ita in momento illo committuntur partes, ut quasi in pugna litem conserere possint: Hujus igitur pacti momentum est quasi classicum, & signum illud quo dato jus mihi deberi incipit, indeque recte dicitur negotium, sive jus, committi, ut ipsa pugna: Ita enim stipulatio conditionalis dicitur committi existente conditione, *§. 4. V. O. l. 63. l. 122. §. 4. ff. Eod.* quia in momento existentis conditionis jus deberi incipit, & pars ex eo contra partem agere potest: ita pœna dicitur committi. *L. 38. §. 23. V. O. l. 2. §. 1. l. 5. §. f. ff. Eod. & pass. Coccej. d. disp. §. 5. 7. & 11.*

Atque hinc lex commissoria est pactum, quod creditori jus agendi existente casu, id est non soluto debito, concedit, tunc enim quasi signo illo dato, partes litigantes committuntur in negotio, sive ipsum negotium aut jus committitur, ita ut ex eo jam peti, actioque intentari possit.

Qv. VIII. *An pactum legis commissoriæ valeat in pignoribus?*

NEG. Et jam ante Constantinum reprobatum fuisse hoc pactum apparet ex *L. f. in f. de Contr. Emt. l. 34. ff. h. t.* ubi semper limitati & excepti casus tantum admittebantur; certo indicio, regulariter illud prohibitum fuisse: Constantinus vero in *l. f. C. pact. pign.* plene rem definivit, & captiones commissorias pignorum infirmari & in posterum omnem earum memoriam aboleri voluit.

Laut. ibid. verb. *In pignoribus reprobavit &c.*

Ratio autem hujus vera est odium creditorum, quorum avaritiam leges passim detestari solent: Nam sæpius contingit creditores nolle mutuam pecuniam dare debitoribus nisi sub lege expressa, ut pecunia certo tempore non soluta, pignus commissum sit: Huic legi debitores egentes, necessitate adacti, facile se subjiciebant; Hæc solida juris ratio est; non ergo ideo reprobatur, quasi hoc pactum sit de re impossibili, & contradictionem implicante, uti putat *Fab. de error. pragmat. decad. 21. Error. 8.* vide *Fach. controv. L. 10. C. 73.* Conf. *Trentac. Bachov. & Mæsteri. apud Laut. allegati.*

Obj. (1) *L. p. C. pact. pign.* ubi valet pactum, ut re vendita evicta alius fundus pignoris loco datus, emtori pleno jure cedat.

Resp. Ibi est legitima distractio, hic enim alter fundus pro certo pretio transfertur in emtorem.

Obj. (2) *L. ult. C. distr. pign.* Ubi valet pactum, ut creditor pignore distracto totum ejus pretium retineat, cur ergo pactum, ut tota res pignorata retineatur, non valeret; eodem enim res recidere videtur.

Resp. Conventum ibi specialiter est, ut ipse fundus a creditore superfluo pretii emtus actione in rem petatur, quod fieri non potest, nisi id specialiter sit conventum: Non ergo speciale illud pactum eo pertinet, ut res ipsa vel totum ejus distractæ pretium retineatur: hoc enim non valet, sed ut fundus residuo pretio emtus actione reali petatur.

Obj. (3) *L. 7. §. 14. pact.* ubi de omnibus rebus, quæ non publicam læsionem, sed rem familiarem respiciunt, pacisci licet.

Resp. Nisi id lege prohibitum sit, ita nec de alimentis transigere licet, &c. sed & respiciunt ejusmodi pacta ad publicam læsionem; quot enim seditiones durities creditorum apud Romanos excitaverit, legi potest apud *Livium*, aliosque.

Præterea (4) varia objici solent; sed ea sub exceptionibus Autoris continentur.

Qv. IX. *An valeat pactum commissorium, si ex intervallo additum sit?*

Laut. pag. 232. verb. *Licet* (1) *ex intervallo &c.*

AFFIRM. *L. 13. C. de pign.* cessat enim necessitas accepta jam pecunia, & licet forte citius creditor reciperet, tamen eo ipso jure suo utitur: Ex hoc ergo

ergo fundamento res deciditur, non vero ex *l.* 34 *ff. pign. act.* quam pro hac sententia tanquam sibi obstantem affert Autor. Hæc enim legitimam venditionem continet, debitor quippe ex intervallo rogat creditorem, ut fundum emtum habeat, sive quod idem est, accipiat eum in solutum.

DISSENTIT *Struv. h. th. 7. ibique Evol.* ex allegata ratione, quod eadem sit necessitas, quam in eo consistere putat, ne creditor pecuniam citius ab eo repetat: Indeque *dictam l. 13.* explicat de acquisitione justo pretio: Sed uti hoc ultimum divinatorium est, ita jam hanc necessitatem non attendi diximus.

OBST. *arg. l. f. C. pact. pign.* ubi omnes captiones commissoriæ pignorum abolentur.

RESP. Si ex intervallo accedit tale pactum, cessat tota ratio legis, scilicet necessitas, uti jam dictum: Inprimis cum leges correctoriæ strictissime debeant observari, & textus expressus pro ea sententia militet *d. l. 13.*

Qv. X. *An valeat pactum commissorium, si debitor non cum ipso creditore contrahat, sed cum fidejussore?*

Laut. pag. 232. verb. Licet non cum ipso creditor &c.

NEG. Adeoque si forte fidejussor nolit cavere, nisi cum hac clausula commissoria, non valet, quia eadem est necessitas. Accedit quod & hic fidejussor creditor sit, indeque dispositio *d. l f. pact. pign.* ad eum quoque pertineat.

OBST. *L f. ff. Contr. Emt.* ubi valet pactum cum fidejussore hoc modo initum.

RESP. Imo ibi non agitur de pœna commissi, ut res fidejussoris sit, sed ut prædia emta sint; quod pactum etiam ipsi creditori adjicere licet. vid. *Lauterb. p. 232. fere in f.*

Consentiunt late Dd. apud *Laut. p. 232.* ubi dissentit *Mudæus.*

Qv. XI. *An statuto vel consuetudine Lex commissoria introduci possit?*

Laut. pag. 232. verb. Imo nec statuto vel &c.

AFFIRM. Si enim jurejurando partis firmatur, uti ipse Autor fatetur, cur non multo magis autoritate judicis, cum tota prohibitio sit juris positivi: Jure Gentium enim quisque disponit de re sua prout lubet: nec necessitas & indigentia debitoris consensum tollit, sed potius auget: uti plenius demonstratum est *supra ad tit. Quod met. caus. q. 2.*

DISSENT. *Laut. p. 232. ibique Dd.* sed ipse tamen id limitat.

Qv. XII.

Qv. XII. *An actio pignoratitia statim nascatur, ut primum pignus rei traditione contractum est?*

AFFIRM. Adeo ut statim etiam de jure peti possit, cum nec dies nec conditio sit adjecta, neque ergo a jure contractus ullum impedimentum est; At tacite inest conditio ex natura pignoris: *si soluta est pecunia:* L. 9. §. 3. *h. l.* 13. §. 1. *de pign.* Qui proinde textus non obstant: Nam tacita conditio non facit actum conditionalem. *L. 73. V. O. l. 99. Cond. dem.* Vid. *supra tit. pact. q. 43.* Neque suspendit præscriptionem hujus actionis, quia in potestate rei est solvere, vel repetere.

Laut. pag. 233. verb. Ut primum pignus rei traditione &c.

INSTO, quod actione nata etiam statim agi posse videatur.

RESP. Negatur consequentia, nam jus agendi quidem adest, sed executionem ejus tacita, quæ rei inest, conditio suspendit.

Quid vero interest?

RESP. Actio transit ad hæredes, &c. Vide late *d. q.* 43.

Qv. XIII. *Quænam actio detur debitori si creditor hypothecæ possessionem sit consecutus?*

RESP. Utilis pignoratitia; Non vero directa: (1) Quia directa ex traditione est, & nominata, indeque nunquam ex pacto hypothecæ datur; sed saltem ex contractu nominato. (2) Quia pactum hypothecæ tantum est unilaterale, unde promittenti debitori actio non datur, sed soli creditori contra debitorem, cum sit stricti juris. (3) Neque ex ullo alio pacto legitimo datur actio directa sed condictio ex lege: Falsumque est, quod traditione postea ex alia forte causa facta transeat in pignus, quia negotium ab origine sua æstimatur, nec semel rite constitutum postea desinit. *L. 11. de Neg. Gest. l. 4. Si mens. fals.* Neque conventioni accedit traditio, quod requiritur, sed ex postfacto.

Laut. pag. 233. verb. Si creditor hypothecæ &c.

OBJ. *L. 1. pr. & §. 1. h.* ubi nudo consensu constituitur pignus indeque actio pignoratitia datur.

RESP. Agitur ibi de pacto cui traditio accessit.

Qv. XIV. *An actio pignoratitia detur contra tertium possessorem?*

RESP. Actio pignoratitia ad reluendum pignus non datur contra tertium possessorem, quia ex contractu, indeque personalis est. *L. f. C. Si vend. pign. l. 7. C. de distr. pign. l. 1. C. Si vend. pign. l. 27. ff. pign. ad Brunn. ad L. 11. ff. de*

Laut. pag. 233. verb. Non contra tertium &c.

de pign. act. Laut. Comp. p. 233. ubi de praxi testatur. *Schneider. in Disp. de Incompet. act. pign. cont. tert. c.* 2. §. 6. ubi præjudicia Facultatis Lipsiensis & Francofurtanæ affert. *Stryk. U. M. tit. de Pign. act. §.* 9.

Regulæ autem antea positæ valde OBSTAT *L.* 40. §. *f. Pign. act.* ibi: *itaque si medio tempore creditor pignus pignori dederit domino solvente pecuniam quam debuit secundi pignoris, neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur:* Sed & soluto debito, pignus etiam ratione secundi creditoris perimi traditur in *L.* 13. §. 2. *ff. de Pignor.* adeo ut primus debitor rem pignori datam a secundo creditore recuperare possit, *L.* 2. *C. si pign. pignor. ibique Goth.* quia resoluto jure dantis resolvitur etiam jus accipientis. *L.* 31. *ff. Pign. Goth. d. l.*

RESP. In nullo horum textuum dicitur, quod debitor rem creditori pignori datam a tertio possessore mediante actione pignoratitia recuperare possit: Sed apparet potius hanc recuperationem exstincto debito fieri per rei vindicationem, quia soluto debito pignus perimitur. *d. l.* 13. §. 2. Indeque debitor tanquam dominus rem suam vindicat a quocunque possessore.

Neque hæc ratio juris Civilis mutata apparet in Jure Canonico, quanquam id plures statuant propter *Cap. cum contra & c. X. de Pign.* usque adeo ut hanc actionem pignoratitiam in rem scriptam esse contendant. *Mev. p.* 5. *dec.* 343. Et præjudicia Hallensia & Jenensia hanc in rem affert *Schneider. dict. Disp. c.* 2. §. 10. Verum non hoc dicitur in dicto textu: Nam nihil aliud ibi statuitur, quam soluto debito peremtoque pignore restituendas esse pignoratas possessiones debitori: non mediante actione pignoratitia, quæ personalis est, & tantum inter contrahentes obtinet, sed mediante rei vindicatione.

Atque pro jure Civili in contradictorio pronunciatum in causa Pfauen contra Webern d. 20. Dec. 1700.

EXC. Si tertius possessor liti se offerat, & ultro debitori actionem pignoratitiam instituenti respondeat, tunc enim postea retractare nequit, uti in contradictorio judicatum in causa Veltheim contra Mahrenholtz in puncto 1500. Rthlr. d. 2. Sept. 1706.

Certum ergo est actionem pignoratitiam nullo jure contra tertium possessorem dari, at debitor, soluto debito & peremto pignore, rem pignori datam & jure Civili & jure Canonico a tertio possessore vindicare potest, jure dominii, modo debitor contra possessorem, forte negantem, solutionem factam esse probet, idque vel per quietantiam creditoris cui oppignoravit, vel per computum fructuum perceptorum, eorumque cum pecunia debita adæquationem, qui processus egregie ita refertur in *d. c. X. de Pignor.* Conf. *L.* 2. *C. si pign. pign. d. l.* 40. *d. l.* 13.

Qv. XV.

Qv. XV. *Quid si tertius ille possessor sit creditoris creditor, cui meus creditor rem pignoratam iterum pignori dedit?*

RESP. Non dari actionem pignoratitiam contra hunc creditoris creditorem: Ex eadem ratione, quia actio personalis est, daturque saltem inter contrahentes.

Laut. ibid. verb. Aut creditoris creditorem &c.

OBJ. (1) *d. C. cum contra &c. & d. l. 40.*

RESP. Jam in quæstione præcedente dictum est, agi ibi de rei vindicatione, quæ soluto debito contra quemcunque possessorem, adeoque & creditoris creditorem, datur. Conf. *L. 40. §. f. h.* Neque ibi casus est, ubi res creditoris creditori est obligata, sed ubi pignus pignori est datum, de quo est *tot. tit. C. Si pign. pign.*

OBJ. (2) Quod creditoris mei creditor etiam sit meus creditor. Vide *tit. de Cond. ind. q. 13.* Indeque recte contra eum videtur actio hæc institui posse?

RESP. Regula illa vera est quoad bona, non quoad personam; nam bona mea debent creditoris mei creditori, cujus effectus est, quod ipsi solutum condicere non possim, quod pignus ipsi constitutum valeat, quod compensare cum eo possim quod mihi forte debet &c. At persona mea ipsi non est obligata, unde nec ille contra me actionem personalem habet, nec ego contra illum, & sic nec pignus, quod ei non obligavi, actione personali ab eo repetere potero; Vid. *tit. de obl. & act. quæst. 2.*

Qv. XVI. *An debitor aliquando agat ad usuras ante moram?*

AFFIRM. Si scilicet creditor pignus pluris vendidit & pecuniam locavit fœnori, *L. 6. §. 1. h.* vel si ipse ea utitur, *ibid.* quia bonæ fidei hoc convenit, ne de alieno lucrum sentiat. *L. 10. §. 3. Mand.*

Laut. pag. 234. verb. Imo aliquando etiam &c.

OBST. *L. 40. §. f.* ibi: *nec quicquam amplius ff. h. t.* Ergo nec usuras.

RESP. (1) Loquitur de re, quæ fructum non habet, adeoque ubi de usuris quæri non potest: (2) Loquitur de regula, nam regulariter creditor ex pignore usum non habet, sed securitatem, indeque liberatur restituendo pignoris possessionem, secus ergo si inde utilitatem percipit, per *l. 6. §. 1. h.*

Qv. XVII. *An in l. 13. §. 1. h. pignus & commodatum hactenus comparentur, quod in utroque levis culpa præstetur, sed ibi in abstracto, hic in concreto?*

NEG. Sed in eo comparantur, quod utrobique, quoties utriusque est utilitas, levis culpa in abstracto præstetur. vid. *supr. tit. commodat. q. 8. Obj. 1.*

Laut. pag. 234. verb. Atque hac ratione &c.

Qv. XVIII. *Qualem culpam creditor pignoratitius præstet?*

Laut. pag. 234. verb. Levi scil. in abstracto &c.

RESP. Levem, quia utriusque est utilitas, *debitoris* cui pecunia creditur, *creditoris* cui tutum redditur debitum per pignus; Atque id expresse ita traditur in §. f. *Inst. quib. mod. re contr. sed quia pignus utriusque gratia datur &c. placuit sufficere si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat.* vid. *Struv. h.* §. *28. Laut. pag. 234.*

OBJ. (1) *L. 13.* §. *1. pign. act.* ubi commodatum & pignus comparantur, at in commodato præstatur culpa levissima.

RESP. Comparantur in terminis habilibus, si scilicet utriusque utilitas est in commodato. *l. 5. pr. commod.* nam tunc in commodato quoque præstatur culpa levis, *sup. tit. commod. q. 8.* eoque tollitur dissensus, quem *Struvius* fatetur se conciliare non potuisse, & in quo colorando tantopere desudant Dd. vid. *Struv. in evol. ad d.* §. *28.*

OBJ. (2) *Quod in d.* §. *1.* præter diligentiam etiam custodia præstetur: si vero Imperator levem saltem voluisset præstari, non opus fuisset addere vocem custodiæ.

RESP. Imo hæc vox custodiæ tantum denotat rem alienam teneri, indeque custodiri debere; at in gradu nihil mutat, sed commodatarius eundem gradum custodiæ, qui in diligentia requiritur, præstat: Rationem, cur in quibusdam causis præter diligentiam etiam custodia requiratur, dedimus *tit. præced. q. 16.*

OBJ. (3) Quod non veniat vis major *d. l. 13.* §. *1. d.* §. *1. Inst.* Ergo præstanda est culpa levissima.

RESP. Falsa consequentia. *Struv. Evol. ad d.* §. *28.*

In foro hic nihil mutatum apparet: Varia circa præstationem culpæ notavit *Müller. ad Struv. d. l.*

Qv. XIX. *An actioni pignoratitiæ* 30. *annis præscribatur?*

Laut pag. 235. verb. Hæc actio est perpetua &c.

Aliter Doctores quæstionem vulgo proponunt, an scilicet juri reluendi præscribi possit? & multum inter has duas quæstiones interesse putat *Wissenb. Disp. 40.* §. *32.* quia actio pignoratitia non nisi soluta pecunia intentari potest, indeque quamdiu creditor non obtulit, & solvit, nondum natam esse ait actionem pignoratitiam, de cujus præscriptione quæri posset; Sed cum jus reluendi nihil sit, quam jus illud persequendi pignus debito soluto, facile apparet, eodem rem recidere, quomodo quæstio proponatur.

Utraque

Utraque enim affirmanda eſt: (1) quia pura eſt actio, & in poteſtate debitoris eſt ſolvere ſortem & repetere pignus, quod ſi non facit, ſibi imputet; præſcriptio autem tunc demum impeditur, quando agere non poteſt. *L. 7. §. 4. C. de Præſcr. 30.* (2) Certum eſt ex *l. 3. l. 4. l. 7. §. 4. &c. Eod.* Quod jura perſonalia 30. annis præſcribantur, jus autem reluendi nihil aliud eſt, quam actio illa perſonalis, qua perſequimur rem pignori datam oblato debito. (3) Impedimentum facti, ſcilicet quod agere non poſſit, non impedit præſcriptionem, ſed impedimentum demum juris. *Lant. pag. 616. in fin.* imprimis cum in præſenti caſu illud impedimentum ex mora ipſius debitoris pendeat, utpote qui ſolvendo interrumpere præſcriptionem poſſet.

Quæ huic ſententiæ obſtant, ſolide diſcuſſit *Beatus Parens in Diſp. de jure offerendi §. 18.* Verba ejus hæc ſunt: Affertur (1) quod nulla hic ſit actio, cui præſcribi poſſit, quia pignoratitia non naſcitur, niſi ſoluto debito; quippe quæ ſub hac demum conditione competit debitori, ſi ſolverit. *per text. expr. in l. 13. §. 4. Pign. l. 9. §. 3. Pign. act.* Verum error evidens hic eſt circa naturam conditionis: tacita enim conditio, qualis hæc eſt per *d. l. 13. §. 4.* non facit jus conditionale, nec impedit, quo minus pure ac ſtatim competat, per text. expr. in *l. 99. Cond. & dem.* verb. *Conditiones, quæ tacite ineſſe videntur, non faciunt legata conditionalia.* Et in *l. 73. pr. verb. obl.* Ubi ſtipulatio pura dicitur, quæ ex re ipſa dilationem capit: Ratio eſt, quia conditio hæc non ineſt ex ipſa diſpoſitione partium, ex qua jus omne naſcitur, adeoque ſtatim competit; ſed ex natura rei, propter quam executio ſaltem juris differri debet: Accedit, quod in plena debitoris poteſtate ſit agere, in cujus poteſtate eſt conditionem implere juxta quam agere debet; uti hic ſolvere pecuniam debitam: Adeoque ſi non agit, oblato debito, cum poſſit ac debeat, huic juri ipſius propter negligentiam non agentis non minus ac aliis juribus præſcribitur, juxta *l. 3. l. 4. C. præſcr. 30. ann.* Denique actio emti pura eſt, eique præſcribi poteſt, & tamen intentari nequit niſi oblato pretio, *l. 13. §. 8. act. emt.* (2) Quod jus offerendi in facto fundetur, & meræ ſit facultatis, non juris; quinimo non in actione, cui præſcribitur, ſed in debito, ejusque ſolutione, conſiſtat. Hoc quoque omnino erroneum eſt; quia hoc jus offerendi nihil aliud eſt quam jus oblato debito pignus repetendi, adeoque ipſa actio pignoratitia, qua debitor oblato debito pignus ſuum repetit, cui proinde, ut aliis actionibus, præſcribi poteſt. Cæterum quænam vere ſint res meræ facultatis, dudum oſtendimus in *Diſp. de Reb. mer. fac.* (3) Obſtat text. expr. in *l. 10. C. de Pignor. act.* Verum expreſſe illa agit, non de præſcriptione longiſſimi temporis, quæ eſt 30. annorum, ſed longi temporis, ſeu 10. annorum, qua rei dominium & vindicatio excluduntur; quod fieri nequit niſi per uſucapionem, aut ſaltem per eam præſcriptionem, quæ eſt inſtar uſucapionis, ſeu quæ titulo & bona fide nititur, per text. expr.

in *l. 1. l. 2. l. 4. l. 6. C. præſc. dec. ann.* quod ſecus eſſe in præſcriptionibus longiſſimi temporis conſtat. *Hactenus B. Parens:* Sed & præterea quædam ſunt, quæ adverſari noſtræ ſententiæ videntur: Nam

OBJ. (1) Periniquum fore, ſi quod debitoris libero relictum eſt arbitrio, præſcriptione temporis ei auferretur: *l. 2. ibique Gloſſa ff. de via publ.*

RESP. Non eſt iniquum, ſed lege id fieri poteſt, periniquum potius eſt, debitorem tanto tempore non cogitare de ſolvendo debito.

OBJ. (2) Contra jus fasque eſſe, ſi quod non ſuo ſed alieno nomine poſſidet, & in quo titulo juſto ac bona fide deſtituitur. (*L. 24. R. V. L. un. C. de Præſcr. tranſf. l. 27. ff. h.*) per præſcriptionem acquireret creditor. *L. 2. C. de Præſcr. 30.*

RESP. Cur id non in aliis perſonalibus actionibus iniquum eſt? Cur actio locati, commodati &c. 30. annis præſcribitur? Sane illa pœna negligentiæ, quod tanto tempore non inquiſiverit in res ſuas, etiam hic locum habet.

OBJ. (3) Quod præſcribens ſibi ipſimet his cauſam poſſeſſionis mutaret; Quod fieri nequit.

RESP. Ipſe non mutat; ſed lex quæ præſcriptionem permittit.

OBJ. (4) Quod plus debito conſequeretur præſcribens, & ſic in prohibitionem legis commiſſoriæ incideret.

RESP. Imo tota ratio Legis commiſſoriæ ab indigentia & neceſſitate debitorum deſumta tanto tempore ceſſat: Neque id ex pacto oritur, quod ſolum improbatur, ſed lege.

Praxis circa hanc quæſtionem variat: ALII enim nullo tempore jus reluendi præſcribi poſſe ajunt: idque tribus præjudiciis Cameræ probat *Mynſ. L. 1. O. 16.* & ita praxi obſervari ait *Müller. ad Struv. Ex. 41. th. 22. Hahn. ad W. de Uſurp. & uſuc. n. 14. Grot. L. 2. c. 4. §. 15.* Vid. *Carpz. p. 2. c. 1. def. 3. & late Dd. & præjudicia apud Laut. pag. 235.*

ALII jus offerendi 30. annis finiri hodieque ſtatuunt. *Schurf. cent. 1. Conſ. 69. n. 25. Covar. 1. var. reſol. 9. n. 1. H. Piſt. Obſ. 88.* Quæ ſententia variis præjudiciis corroborata eſt in Curia Halberſtadienſi. Equidem cum jus Canonicum in omni præſcriptione actionis perſonalis, qua quis rem alienam tenet, bonam fidem requirat, neceſſario ſequitur, hic regulariter non procedere præſcriptionem, quia creditor pignus tenens regulariter bonam fidem haud habet, ſed ſcit rem alienam eſſe Vide *B. Par. d. diſp. th. 17. & 19.* Excipitur vero ſi ex hæreditate paterna rem ignorans pignori eſſe, acceperit, ac per 30. annos poſſederit, &c.

LIB.

LIB. XIV. TIT. I.

DE EXERCITORIA ACTIONE.

QV. I. *An ex contractu nautæ exercitores quoque obligentur?*

NEG. Quia non nautis, sed magistro navis commercii cura est commissa, illi vero nudam operam præstant. Conf. *l. 1. §. 2. h.*

Laut. pag. 137. verb. *Ex contractu nautarum &c.*

OBJ. *L. f. pr. Naut. caup.* Ubi exercitor præstat factum nautarum.

RESP. Agitur ibi de actione in factum, quæ ex edicto *nautæ, caupones & stabularii &c.* datur, & unde caupo tenetur, si illi, quorum opera utitur, adeoque & nautæ, damnum dedere; idque ex mala electione: Non vero ex præpositione; Unde hospes, qui mediastino merces custodiendas commisit, ac tradidit, non habet actionem ex quasi contractu de naut. caup. & stab. &c. *L. 1. §. 2. Naut. caup. &c.* nam huic non est mandatum ut recipiat: Vid. *sup. L. 4. tit. 9. q. 6.*

QV. II. *Si plures exercitores per unum Magistrum navim exerceant, an ex hujus contractu singuli in solidum obligentur?*

AFFIRM. Ex singulari æquitate; quia iniquum videtur actorem qui cum uno contraxit in plures distrahi lites. *L. 1. § f. l. 2. h.* quis enim contracturus esset cum magistro, si exinde plures obligationes orirentur, & contrahens contra singulos pro rata actionem instituere teneretur: Accedit, quod exercitores facile regressum contra invicem habere, & vel compensare solutum, vel saltem actione pro socio, a reliquis recipere possint. *L. 3. h.*

Laut. pag. 138. verb. *Sin per Magistrum.*

EXC. Si ipsi magistri exerceant, *L. 4. pr. h.* tunc quisque tenetur pro rata, quia socii, neque invicem sui magistri sunt. *d. l. 4.* Indeque favor ille tertii creditoris cessat: Secus si unum ex se præficiant, *d. l. 4. §. 1.*

OBJ. *L. f. §. 5. Naut. caup.* Ubi exercitores tantum tenentur pro rata.

RESP. Alia ratio est in edicto nautæ, caupones & stabularii &c. Nam cum illa actio non ex præpositione, sed mala electione, adeoque ex quasi delicto oriatur, cessat ille favor tertii creditoris, quia nemo ex alterius delicto tenetur, indeque hoc factum tantum pro rata præstatur. Sed & (2) exercitores non habent contra invicem regressum, neque enim in delictis habentur pro sociis, ut proinde tota ratio illius juris hic cesset.

Hoc

Hoc jus uti æquissimum est, ita nullibi mutatum apparet: Equidem Grotius J. B. & P. *L. 2. c. 11. §. 13.* admodum hoc jus, ejusque autores improbat. At JCti nunquam hoc pro jure naturæ venditarunt, sed ex favore commerciorum id ita introduxere Conf. *Wissenb. Disp. 28. §. 4.* In Belgio tamen non obtinet. Idem est in Institoria. Vid. *Laut. tit. de Instit. in f.*

LIB. XIV. TIT. II.

DE LEGE RHODIA DE JACTU.

Qv. I. *An etiam servi ejici possint?*

NEG. Quia, etsi bestiarum numero Romanis habiti fuerunt, tamen ab aliis, quam dominis, occidi citra homicidii crimen non poterant.

OBJ. *L. 2. §. 5. h.* verb. *Servorum quoque qui in mari perierunt.*

RESP. Loquitur non de servis ejectis, sed qui periere, & dicitur eos æstimari non posse.

Qv. II. *Quid requiratur ad havariam?*

Laut. pag. 239. verb. *Ubi consideranda &c.*

RESP. Requiri (1) ut damnum sine culpa in navi sit datum: Adeoque aliud est si magister navim plus justo oneravit, vel per imprudentiam jactum fecit; his enim casibus vindicatur damnum a solo magistro ex L. Aquilia. *Laut. pr. h. t.* (2) Ut damnum datum sit ad res communiter servandas. *l. 2. §. 1. l. 4. §. 1. l. 6. h.* Sive per jactum id fiat, sive occasione jactus per impetum maris; uti si quædam res pretiosiores superiori navis parti imponuntur, ut nautæ ponderosiores minorisque pretii res e fundo navis promere, easque in mare projicere possint, & illæ interim a fluctibus maris abripiantur? Secus ergo si damnum datum sit in navi ictu fulminis, & nauta ad eam reficiendam aliquid impendat; Tunc enim domini mercium non conferunt, quia magis instruendæ navis, quam conservandarum mercium gratia impensæ factæ sunt. *L. 6. h.* (3) Ut actu servatæ sint; *L. 4. § 1. h.* tunc enim conferunt domini servatarum mercium, etsi postea in alia tempestate navis perierit, secus ergo si jactu facto æque navis & merces pereant. (4) Ut servatæ sint per hunc jactum; *d. l. 4. §. 1. in f.* nam tunc quoque domini servatarum mercium contribuunt. Etsi in alio loco navis perierit. *d. l. 4 §. 1. pr.* Secus ergo si in eodem loco non obstante jactu perierit, & postea per urinatores merces extractæ. *d. §. 1.* vel merces in scapham

pham trajectæ salvæ sint. *d. l. 4. pr. & §. 1.* merces enim non possunt videri servatæ per jactum, quia nihilo minus navis periit. *d. §. 1.*

Qv. III. *An domini rerum perditarum quoque teneantur contribuere ad havariam?*

AFFIRM. Nam (1) hæc ipsa havaria seu contributio per jactum ipsis salva est. (2) Alias domini jactarum mercium plus consequerentur quam domini servatarum. (3) Imo fieri posset, ut domini jactarum mercium omnia consequantur, domini vero servatarum nihil; verbi gratia, 200. sunt in navi, si unius 100. per jactum pereunt, posita illa sententia alter 100. teneretur restituere: Ergo dominus rei perditæ necessario pro rata damnum ferre debet; Exemplum computationis hujus vide apud *Struv. Ex. 20. th. 19.* Add. *Wissenb. D. 28. th. 7.*

Laut. pag. 242. verb. Conferunt omnes &c.

Qv. IV. *Si unus vectorum, cujus res jactu servatæ sunt, non sit solvendo, quisnam damnum ferre debeat?*

RESP. Jure Digestorum quidam opinabantur magistrum navis ex locato teneri, quia cum mediam præstet culpam, unius cujusque opes eum exquirere debuisset; sed recte hoc rejicit JCtus in *l. 2. §. 6. h.* addita ratione, quia fortunas cujusque nauta excutere non debet: Damnum ergo hoc ferunt illi, quorum merces jactæ sunt & quibus contributio fieri debebat.

INSTO, non videri esse casum dabilem, cum res vecta, & jactu servata, semper supersit: neque ultra servatum deberi possit.

RESP. Varii possunt esse casus: verbi gratia, si merces aliis jam sint oppignoratæ. Item si pereant postea hæ merces, forte si incuria ipsius domini merces in mare delabantur, vel si postea, ictu fulminis navi correpta unius vectoris res per jactum servatæ comburantur: Vide *l. 6. h. &c.* Vel etiam si furto auferantur. *l. 2. §. 3. h. &c.*

Struvius Ex. 20. th. 28. & alii putant in *d. §. 6.* esse extensionem legis Rhodiæ, neque illum de contributione sed de naulo loqui, atque ratione hujus reliquos vectores (non magistrum navis) teneri, si unus illud solvere non possit; sed (1) textus loquitur non de naulo, sed generaliter de eo qui debebat, nec solvere poterat: Quin (2) ex antecedentibus apparet quæstionem ibi fuisse de contributione, non de naulo. Neque (3) dici potest casum talem rarissime contingere; nam casus jam enumeravimus, de quibus lex nostra intelligi possit: Sed & (4) iniquissima foret hæc explicatio: naulum enim promittitur

tur ab eo, qui vehitur, contra eum ſolum ergo nautæ datur actio, & contradictio eſt reliquos vectores ex hoc contractu obligari.

Qv. V. *Quomodo in contributione fiat æſtimatio rerum?*

Laut. pag. 240. verb. His omnibus computatis &c.

RESP. Diſtinguendum inter res *amiſſas* & *ſervatas*; *Illæ* æſtimantur quanti fuerunt emtæ, quia amiſſarum damnum reparari ſufficit, nec ſciri poteſt lucrum, quale in præſenti ſtatu futurum fuiſſet, nec jam definiri, cum venire non poſſint. *Hæ* vero quanti peritorum virorum arbitrio vendi poſſunt, deductis vecturæ aliisque neceſſariis expenſis. Ratio, quia harum quoque lucrum per jactum ſalvum eſt.

Sed hæc diſtinctio antiquata dicitur *Böckelmannio h. ſ. 7.* qui putat utrasque æſtimari quanti in loco, quo deſtinatæ ſunt, venire poſſunt: Contra, *Coren. dec. 41. ad n. 4. in not.* ait, amiſſas ultra medium viæ æſtimari pretio loci, ubi vendi debent, intra medium vero, ubi emtæ fuere, & ait moris id eſſe: In dubio ergo juri communi inſiſtendum, donec probetur aliud certo uſu receptum. Vide *Wiſſenb. D. 28. §. 7.*

Qv. VI. *An ceſſet hæc contributio, ſi res jactæ recuperatæ fuerint?*

Laut. ibid. verb. ceſſat hæc contributio &c.

RESP. Is qui recepit res, omne id, quod ex contributione accepit, reſtituere tenetur, ſalvas enim merces habet, & damnum ejus non eſt, etſi opera ſua merces ſalvæ ſint. *L. 2. §. 7. h.* ſed aliis non contribuit, quia res non habet ſalvas per jactum, ſed ſua opera: Vid. *ſup. q. 2. n. 4.*

OBJ. *L. 43. §. p. de furt.* Ubi ejectum in mare fit nullius, ceditque occupanti; nunquam ergo priſtinus dominus recuperare illud, totaque proinde quæſtio inanis eſſe videtur.

RESP. Agitur ibi de caſu, quando certum videbatur rem perituram eſſe; tunc enim id quod ejicitur pro derelicto habetur, omnisque ſpes illud recuperandi ceſſat: Regulariter autem jactus eo animo non fit, inprimis ſi prope littora metuitur naufragium, tunc enim per urinatores facile recuperari poteſt. *L. 2. §. f. h.*

Qv. VII. *Quænam detur actio dominis rerum perditarum?*

RESP. Videtur nulla; quia nihil cum iis geſtum eſt, quin ipſis invitis fit jactus: ſed poſtquam Lex Rhodia eſt introducta, mercatoribus, qui ſarcinas habent, datur actio locati, quia ſuas merces vehendas locant, *L. 2. pr. h.* indeque ſunt locatores; Magiſter vero navis eſt conductor, proinde iis, qui amiſere, tenetur actione locati; *L. 2. pr. & §. 2. h.* actio enim hæc datur ad omne

omne id quod æquum & bonum eſt. Sed cum ipſe quoque nauta indemnis eſſe debeat, nec ex caſu teneri poſſit, regreſſum ille habet contra illos, quorum merces ſunt ſervatæ, *d. l. 2. pr.* ſi tamen quidam non ſint ſolvendo, ratione eorum non tenetur. Vid. *ſup. quæſt. 4.* *Alii* moribus realem actionem dari dominis rerum amiſſarum ajunt, vid. *Wiſſenb. Diſp. 28. §. 8.* Sed cum ex nulla cauſa juris in re hæc actio oriri poſſit, novæ actiones reales citra autoritatem legis fingendæ non ſunt, neque ipſe *Wiſſenbach.* præjudicium pro ſua ſententia allegat. Equidem ſunt qui avariæ tribuunt jus prælationis, indeque actionem hypothecariam hic dari ſtatuunt: Uti *Peckius* & *Vinnius &c.* quod poſito jure pignoris admitti poteſt; *arg. l. 5. l. 6. Qui pot. in pign.* Sed quia lege hic pignus conſtitutum non apparet, & actio realis nullibi introducta eſt, jus prælationis locum habere nequit. *arg. l. 2. pr. h.* Quanquam ratione nauli vera ſit illa *Vinnii* ſententia, nam hoc præferri certum eſt. *d. l. 6. §. 1.*

QV. VIII. *An hæc contributio locum habeat, ſi duarum navium colliſione altera pereat?*

NEG. Si culpa magiſtri damnum datum eſt, vid. *ſupr. q. 1. pr.* tunc enim ſolus magiſter tenetur. Si vero culpa alterius datum, is reſtituet: ita in caſu Hamburgo ad Facultatem Francofurt. transmiſſo deciſum eſt anno 1693. Moribus Belgii dividitur damnum eoque pericula communicantur, ob favorem commerciorum. *Coren. dec. 40. & 41.*

QV. IX. *An etiam hæc contributio locum habeat, ſi urgente incendio domus aliqua, reliquarum ſervandarum gratia, diruta ſit?*

NEG. (1) quia Lex Rhodia non de re terreſtri, ſed tantum maritima agit, neque enim extra Legem Rhodiam ullibi in jure actio in iis negotiis conſtituta apparet, ubi mero caſu damnum datum erat; hunc enim præſtat dominus. (2) Accedit quod circa quæſtionem propoſitam expreſſe aliud ſit conſtitutum in *l. 7. §. 4. Quod vi aut &c.* ſcilicet, quod ædibus æque perituris nihil poſſit repeti a vicino, cujus facto ædes dirutæ, eoque ſuæ ſervatæ ſunt: Sed & (3) neſcitur, an reliquæ domus ſalvæ ſint per hoc damnum; etſi enim unam forte domum ignis corripere potuerit, probabile tamen non fuit, totam viciniam igne perituram fuiſſe.

Laut. pag. 241. verb. Item (4) ſi urgenti incendio &c.

DISSENTIUNT magni nominis Doctores, *Laut. pag. 241. Gail. L. 2. O. 22. n. 3. & 4. ibique late Dd.* Conf. *Bald. conſ. 491. Sand. dec. Fris. L. 5. t. 6. def. 3. Struv. h. §. 27. ibique Müll. lit. V.* quorum tanta eſt autoritas, ut ſpeciem quoque contributionis moribus hic obtinere negari non poſſit; imprimis, cum ſumma hic ſubſit æquitas; metus enim & periculum toti viciniæ commune eſt,

eſt, faciliusque tota vicinia damnum hoc ferre quam unus vel alter privatus poteſt.

Atque hoc ita obtinet (1) etſi de incendiario conſtet, ſi ille non ſit ſolvendo. *Müller. d. l.* (2) etſi non conſtet ædes certo perituras fuiſſe, modo probabilis metus ſit. *Müller. d. l.* Unde conſultius erit autoritate magiſtratus diruère.

LIB. XIV. TIT. III.

DE INSTITORIA ACTIONE.

Qv. I. *An affirmans aliquem inſtitorem eſſe id probare debeat?*

Laut. pag. 242. verb. Affirmans aliquem inſtitorem &c.

AFFIRM. *Laut. p. 242.* quia facti eſt, quod ab allegante probari debet.

OBJ. *L. 1. h.* ibi: *Negotiorum Geſtorum.*

RESP. Ex geſtione alicujus negotii probatur omnino, quod ſit negotiorum geſtor, indeque actione negotiorum geſtorum teneatur, non vero quod ſit inſtitor, & ex præpoſitione obligetur.

Qv. II. *An de jure civili inſtitor ad fœnerationem conſtitui poſſit?*

Laut. pag. 243. verb. Non etiam de jure civili &c.

AFFIRM. *d. l. 5. §. 2.* nam ita hodieque campſores ſuos inſtitores habent, & der Wechſel-Handel eſt vera negotiatio; idque in terminis traditur in *l. 5. ſ. 2. & 3. h.*

OBST. *L. 19. pr. h. & §. 5. Inſt. Quod cum eo &c.*

RESP. Ibi non de fœneratione agitur, ſed de eo, qui tantum præpoſitus eſt mutuis accipiendis pecuniis; hic igitur non eſt negotiatio quæſtuaria, adeoque ceſſat ratio *l. 1. h.* Hic tamen etiam utilis actio inſtitoria datur. *d. l. 19. pr. h.*

Qv. III. *An inſtitor ita directa actione conveniri poſſit, ut de ſuo quoque præſtare teneatur?*

Laut. ibid. verb. Non ut de ſuo &c.

RESP. Inſtitor SUO NOMINE contrahens directo tenetur, uti quilibet procurator, per text. expreſſum in *l. 4. ff. Re jud.* ibi: *Si ſe obtulit procurator, in eum datur actio;* idque confirmatur *per l. 13 §. 25. ff. act. emt.* ubi actio directa in procuratorem ipſum & utilis ſaltem contra dominum datur, & additur, *id ad exemplum inſtitoriæ actionis locum habere:* Hinc in *l. 1. ſ. 17. ff. de*

Exerc.

Exerc. act. traditur, *electionem competere contrahenti, an magistrum navis, an* exercitorem *convenire velit: l. 1. §. 7. SC. Maced.* conveniri institorem posse, at convento compERERE exceptionem SCti Macedoniani. Adeo ut executio quoque in bona institoris decerni possit: Nam suo nomine contraxit, etsi in utilitatem alterius, cujus institor est. *Mev. J. Lub. L. 1. t. 3. art. 5. n. 5. Struv. Ex. 20. §. 39.* Sane antequam Prætor institoriam hanc actionem introduxit, jure civili solus institor obligatus fuit, non autem efficax obligatio fuisset, si executio fieri non potuisset. Sane obligatus dici non potest, qui non tenetur solvere nisi de alieno: Neque ulla actio personalis in jure exstat, qua quis compelli possit, ut solvat de alieno: Sed & omnis obligatio passive inest bonis, ex his enim debetur, & hactenus debitor dicitur contrahere æs alienum, adeoque ex suis bonis institor debet. Neque iniquitas hic subest, quia regressum contra præponentem habet *Mev. & Struv. d. l.* Idque extra omne dubium est, si institor sua propria bona hypothecæ obligaverit, uti judicatum in Camera Electorali in causa Lejeun lit. cur. contra Derint.

Exc. Si institor contemplatione domini ejusque nomine contractum celebravit, tunc enim nudum instrumentum est & officium ejus in eo solo consistit, ut solutionem de pecunia domini procuret. *Struv. h. §. 38. l. f. ff. h.*

Obj. (1) Quod is, qui administratorio nomine contrahit, non de sua, sed ejus pecunia, cujus nomine contrahit, solutionem promittere videatur, & ad eandem obligetur. *Laut. p. 243. in f.*

Resp. Imo falsum, si verbis in suam personam conceptis contrahit. *Laut. pr. h.*

Obj. (2) *L. f. h.*

Resp. Loquitur de casu, ubi institor contemplatione domini contraxit, adeoque de casu antea excepto.

Equidem etiam tum, cum suo nomine institor contraxit, si dominus bona habet, ex æquitate in ea fit executio, *Carpz. p. 1. c. 32. d. 14. n. 5.* & eatenus quoque verum est, quod nec arrestari institor possit. *Berl p. 1. concl. 70. n. 38.* at utrumque secus, si dominus bona non habet. *Struv. d. §. 38.*

Qv. IV. *An actio institoria quoque ex delicto detur?*

Neg. Quia negotium illud mandatum non est, nec mandari delictum potest: Cum ergo institor extra fines mandati agat, dominus inde non tenetur.

Laut. pag. 244. verb. Ex delicto non datur &c.

Obj. *l. 5. §. 8. h.*

Resp. Ibi actio non ex delicto institoris datur, sed quia servus ejus damnum dederat.

QV. V. *An hæc actio detur in hæredes præponentis de contractu institoris post mortem præponentis inito, si creditor sciverit eum mortuum?*

Laut. ibid. verb. Licet mortuo præponente &c.

B. *Parens in Disput. de Mand. ad hæred. trans. Sect. 4. §. 2.* sequenti modo rem decidit. Dicendum videtur, præponentis seu mandantis morte, tolli præpositionem, nec succurri ei, qui cum præposito contrahit, nisi ignoret præponentem mortuum. Verum contradicit JCtus in *l. 17. §. 3. de Inst. act.* Non esse imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum Institore exercente mercem contrahat. Cui rursum adversatur textus in *L. 5. §. pen. ff. eod. tit.* ubi dicitur, æquissimum esse, ignoranti (mortuum esse præponentem) dari institoriam actionem. Qua in re, & similibus casibus, mira videtur legum varietas.

Equidem facile se exsolvit Legum ille corruptor, *Ant. Faber.* vanitatis & arrogantiæ immodicus, qui more suo lectionem textus invertit, & in *d. l. 17. §. 3.* pro *sciens* legit, *nesciens Lib. 2. Conject. 11.* Ita sane conveniunt textus, & hac mutatione in utroque legitur de ignorante vel nesciente. Vid. *Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 24. thes. 7. lit. E.* Qua nulla funestior pestis in leges desævire potuit. Cæterum aut fallimur, aut acrior est, coactis hoc ictu in concordiam verbis, pugna, quam ante fuit: Nec per hoc vulnus sanatur textus, sed spes quoque sanandi confoditur. Restituto igitur inprimis textu, sensus quoque planus salvusque fiet.

Scilicet in hac præpositione res non vertitur inter mandantem & mandatarium, sed de alio quæritur, cum quo nullum mandatum initum est, an actio ei competat, si cum præposito contraxerit, mortuo præponente. Quodsi enim ipse præpositus, seu mandatarius mortuo præponente, seu mandante, sciens eum mortuum aliquid ex mandato egerit, indubitate constat, ei actionem non dari, mandato morte extincto per *§. 1. sup.* sed, si non ille mandatarius sed alius cum mandatario contrahat, dubitatur, num ei, licet scienti institoria detur contra præponentis hæredes? Ubi id primum certum est, si adita hæreditate præponentis, aliquis contraxerit cum præposito, institoriam ei dari, etsi sciverit præponentem mortuum. Hic enim utique nihil imputandum est extraneo, qui sequitur fidem ejus, quem videt mercem publice exercere; *l. 17. §. 3. ff. de Inst. act.* sed in universum hæredibus præponentis, qui patiuntur institorem exercere mercem, adeoque & ipsi tacite mandant: quia alias removere debebant institorem a merce, si nollent ejus opera uti. *l. 11. princ. ff. Eod. tit.* Atque in eo conveniunt omnes textus in *d. l. 5. §. p. d. l. 11. pr. & d. l. 17. §. 2. & §. 3.*

Sed nec magis dubitandum arbitramur, quin & is, qui nondum adita hæreditate contraxit cum institore, sciens præponentem mortuum, adhuc agere institoria queat, si ea adita remotus non fuerit. Nam ita hæredes institorem eundem & ipsi retinent, eoque & ipsum omniaque, quæ medio tempore gessit, com-

comprobant, quod & patet ex *d. l. 5. §. pen. in pr. ff. de Instit. act.* ubi agitur de hæredibus, qui eodem institore utuntur, adeoque adita hæreditate, eum non removerunt. Et ex *l. 17. §. 2. & 3. ff. eod. tit.* ubi extitit hæres, & in *d. §. 2. deinde contractum fuisse*, dicitur; in *d. §. 3.* autem, *contractum nondum adita hæreditate intercessisse:* & utroque casu, institoria simpliciter etiam scienti salva est; etiam contra hæredes pupillos & furiosos: *d. l. 17. §. 2. & 3. l. 11. pr. eod. tit.* quia non ex consensu tenentur, sed ex re, seu gestione. *l. 3. §. 5. ff. de Neg. gest. l. 24. voc. obligatio. l. 70. §. pen. in fin. ff. de fidej.*

Ei vero objicitur in *d. l. 17. §. 3.* quod imputandum videatur ei, qui sciens dominum decessisse cum institore contrahat. Sed huic tacitæ objectioni occurritur in *d. §. 3.* & asseritur, non esse id ei imputandum, quod contrahat cum institore mercem actu exercente: Id enim absolvere ipsum ab omni imputatione videtur, quod institor quasi publice mercem exerceat, & promiscue alii quoque fidem ejus, quem exercere mercem vident, sequantur; neque adeo cuiquam eorum id fraudi esse debet, qui publica quodammodo fide contrahunt. *arg. l. 8. C. de rem. pign. Ant. Fab. C. ad SCt. Vell. lib. 4. tit. 21. def. 2. n. 4.* Præsertim, cum ad utilitatem hæredum id spectet: Nam alias jacente hæreditate intermitti oporteret omnem negotiationem, & deseri tabernam, cum maximo ipsorum hæredum & bonorum detrimento ac dispendio. Quamobrem licet mandato præpositionis morte finito, tamen institoriam dari propter utilitatem promiscui usus, receptum dicitur in *d. l. 17. §. 2.*

Quid ergo jam respondendum est, ad *l. 5. §. pen.* ubi ignoranti eam dari æquum dicitur? Equidem duo casus jam omni dubio exemti sunt, nimirum si, vel adita jam hæreditate, cum institore contractum, sive ante quidem, sed institor ea deinde adita retentus, atque adeo præpositio a defuncto facta, ab hæredibus continuata est; adversus quos proinde institoria etiam scienti indubitato datur. *dd. ll.* Non potest igitur superesse dubium, nisi in casu, quo nondum adita hæreditate quis cum institore contraxit, & non apparet, num ab hæredibus continuata, vel comprobata sit præpositio, an, & tum contrahenti concedenda sit institoria?

Id plane certum est, *ignoranti dari*, unde id tanquam indubitatum respondet JCtus, *æquum esse ignoranti dari:* Cum propter ignorantiam ipsa quoque mandati actio continuetur in hæredes, *sup. §. 1.* Sed quæritur, utrum JCtus in *d. l. 5. §. pen.* excludere voluerit scientem & restringere id ad ignorantem; an vero ideo tantum meminerit ignorantis, quod de eo per omnes casus certum, de sciente vero in quibusdam adhuc dubium ipsi visum fuerit, & ideo in præsens decisioni ejus, quod minus dubitabile esset, acquieverit? Quo sensu ex aliis legibus id supplendum ac decidendum esset. Et hoc posterius probabilius & reliquis legibus convenientius videtur.

Etsi enim ea ratio in sciente cesset, quod hæredibus imputandum sit, qui non removerunt: per §. 5. *sup.* quia non potuerunt, nisi hæreditate adita: tamen altera illa ex *d. l. 17. §. 3 quod non sit imputandum ei, qui sciens cum institore contraxit*; adhuc persistit. Utique enim imputatur ei scientia, si actio negetur. Sed & illud in subsidium venit, quod in *d. l. 17. §. 2.* singulariter propter utilitatem promiscui usus receptum esse in genere dicitur, ut, quoad institor mercem exercet, institoria detur adeo, ut & contra pupillum & furiosum non denegetur. *d. l. 17. §. 2 & 3.* Unde, cum quæstio hæc in plures casus deducta esset, & de omnibus non æque constaret, contentus fuit JCtus id definire, de quo per omnes casus certus erat; *ignoranti saltem dari actionem*; alterum vero, an & scienti? cum in quibusdam casibus, uti si non constaret, institorem ab hæredibus quoque receptum & probatum fuisse, id magis dubium esset, in medio relinquendo. Quod proinde, si aliis legibus id decisum reperitur, inde supplendum est. Nam id alias quoque JCtis usu venit, ut in specie *l. 5. junct. l. 3. §. fin ff. de separat.* Quanquam & ipse JCtus in *d. §. pen.* in id pronior fuisse videtur; cum & in *princ. d. § pen.* & in omnibus casibus continue sequentibus institoria simpliciter permittatur contrahentibus cum præposito mercem exercente. Atque ita & visum est glossæ *ad d. l. fin. §. pen.* ubi dicitur, subaudiendam esse vocem *maxime*. vel *saltem*: ut sensus *d. l. 5. §. pen.* sit: Æquum esse, ignoranti saltem, vel maxime, dari institoriam. Conf. *Bachov. ad Treutl. Vol. I. Disp. 24. th. 4. lit. E.* Et tantum de hac quoque collisione jurium.

Cæterum, hæc æquitas, qua mandatario ignoranti mandantem mortuum esse, actio, non obstante regula contraria, ex æquo & bono datur, etiam in aliis casibus similibus recepta est. Accidit enim, ut mandatum aliis quoque modis finiatur; nam, si quis servum dispensatorem fecerit, id est, Kalendario, seu pecuniis fœnerandis & exigendis, proposuerit, *l. pen. pr. ff. de Reb. Cred.* eoque deinde manumisso, vel alienato, debitor id ignorans ei solverit, ipso jure hic non liberatur, sed ex æquo & bono. *§. 10. in fin. Mand. L. 18. ff. de solut. d. l. pen.*

Qv. VI. *An institores, ut reliqui famuli domini, ratione mercedis utantur jure prælationis?*

AFFIRM. *Beuder. de prælat. cred L 2. c. 10.* quia inter hos & reliquos famulos domini nulla videtur differentia.

DISSENTIT *Berl. p. 1. concl. 64. n. 75.* ex ratione, qui non sunt in familia domini, nec ad usum familiæ, sed ad peculiarem negotiationem constituuntur, unde & ipsi lucrum aliquod percipiunt. Sed refutatur hæc ratio ex ipso *Berl. d. concl. n. 77.*

Qv. VII.

Qv. VII. *An si plures sint præponentes, omnes ex contractu institoris teneantur in solidum?*

Laut. pag. 245. verb. *Si plures commu- nem &c.*

AFFIRM. *Laut. p. 245.* Conf. *tit. de Exercit. act. q. 2.* De praxi vid. *Laut. alleg. loc.*

LIB. XIV. TIT. IV.

DE ACTIONE TRIBUTORIA.

Qv. I. *Quomodo differant actio de peculio & tributoria?*

RESP. (1) *Illa* est ex facto licito, quo pater filio permittit negotiationem. *Laut. p. 291. lit. C.* *Hæc* ex dolo, scilicet mala distributione, *l. 1. pr. h.* (2) *Illa* est de universitate, *l. 20. §. 10. hæred. pet. Laut. tit. de pecul. pr. hæc* de re singulari, scilicet de mercibus, *l. 5. §. 11. h. §. 5. Cæterum in f. Inst. Quod cum eo &c.* (3) Unde *hæc* augeri non potest: *Illa* potest. *L. 27. const. pec. l. 5. pr. de Imp. in rem:* (4) In *illa* deducitur debitum patri; *l. 9. §. 2. & seq. pec.* Non *hic*, quia deductio est beneficium, quod non datur delinquentibus. *l. 5. §. f l 6. h.* (5) In *illa* melior est conditio occupantis; *d. l. 9. §. 1. & 2.* non *hic*, sed prior creditor condictione indebiti mercem male distributam repetit.

Qv. II. *An, & cur hæc actio detur adversus hæredes tantum quatenus pervenit?*

Laut. pag. 246. verb. *Et hæredes, quatenus &c.*

RESP. Actionem tributoriam adversus hæredes dari in quantum pervenit certum est. *l. 7. §. f. l. 9. §. 2. h.* At ratio, quam *Laut. pag. 246. lit. S.* addit, (quod scilicet hæc actio exorbitantem naturam a prætore acceperit,) minus quadrat: Vera ratio hæc est, quia hæc actio est ex delicto prætoria, *l. 7. §. 2. l. 8. h.* quales actiones nunquam dantur in hæredes, nisi quatenus pervenit. *L. 9. §. 1. Quod fals. tut. l. 9. §. f. de Reb. aut. jud. possid.* rationis rationem explicavit *B. Par. in Disp. de obl. hær. ex del def. Sect. 2. §. 11. & §. 20.* Scilicet, cum in quibusdam negotiis jure nulla obligatio ad reparationem damni constituta sit, Prætor nihilominus, si dolo factum est, ne is maneat impunitus, actionem dare solet ad puniendum dolum: & hoc simplum vera pœna est, *d. §. 11.* actiones autem pœnales nunquam dantur in hæredes, nisi quatenus pervenit. *§. 1. Inst. perp. & temp. act.* Conf. *Collat. contra Struv. Coll. 2. §. 25.*

Qv. III.

Qv. III. *An, si liber homo diversas exercet negotiationes, is qui ratione unius credidit, in mercibus eo spectantibus præferatur aliis creditoribus, qui ratione alterius negotiationis crediderunt?*

Laut. pag. 246. verb. Quod Doctores etiam ad liberi &c.

De jure id negat *Lauterbachius in Ex. 26. concl. for. 14. lit. b.* eamque sententiam in Gallia & Belgio observari ait *Grænw. ad l. 5. §. 15. h. n. 3. & 4.* At cum eadem ratio sit in libero homine, quæ in filiis & servis (ubi id obtinet, *L. 5. § 15. & 16. h.*) merito communi Dd. sententia dispositio dictæ legis 5. ad liberi hominis negotiationes extenditur; idque in praxi Germaniæ indubie obtinet. *Laut. pag. 246. in f. ibique Dd. Struv. Ex. 20. §.* 46. & ita millies in facto vidit practicari *Castro ad d. l. 1. §. 15. n. 1.* Conf. *Mev. Jus Lub. L. 3. tit. 1. art. 10. n. 55. & seq. & late Dd. apud Müller. ad Struvium d. §.* 46.

Qv. IV. *An hujus tituli adhuc hodie sit usus?*

Laut. pag. 246. verb. Hodie cum filii negotiantes etc.

Negat hoc *Lauterbachius in f. h.* quia servos non habemus, filios autem negotiantes quoad illam negotiationem haberi pro emancipatis putat: Conf. *Id. pag.* 249. Quæ tamen ratio admodum fallit; nam nullibi negotiatio habetur pro modo solvendæ patriæ potestatis, nisi & accedat separatio familiæ. Conf. *sup. tit. de adopt. q. 1.* Indeque si filius in patris familia est, ejusque mensa utitur, pater hodieque tales merces æqualiter distribuere tenetur. *Lynk. in analect. h. t. Hop. Inst. §. 4. Quod cum eo & §. 10. ad Schilt. ad Ex. 27. §. 88. seq.* At separata familia, cum filius sit sui juris, verum est hanc actionem cessare. Alium adhuc usum ostendit *Struv. Ex. 20. th.* 46. Præterea hodieque dispositionem *legis 5. §. 15. & 16. h.* obtinere, in præcedenti quæstione demonstravi.

LIB. XIV. TIT. V.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Qv. I. *An, si filiusf. suo nomine contraxit, executio contra eum differatur, quamdiu in potestate est?*

Laut. pag. 247. verb. executio tantum etc.

Affirm. Nam conveniri & cum eo agi quidem potest, tanquam cum patref. *l. 39. Obl. act.* at contra condemnatum non datur executio, nisi sui juris factus sit, *l. 5. pr. h.*

Exc.

Exc. Si bona propria habeat, forte ex peculio castrensi, vel quasi castrensi, quin & adventitio extraordinario: *arg. d. l. 39.*

Qv. II. *An hodie usus sit hujus tituli?*

Neg. *Grœnwegen ad l. 2. & l. 9. C. h.* Ratio ejus hæc est, quia singularis illa Romanorum patria potestas in desuetudinem abiit, filiusque familias post annum 25. pro emancipato atque sui juris habetur, indeque contrahendo non patri, sed sibi, acquirit; unde concludit, filium moribus nostris cum effectu & in solidum ex suis contractibus conveniri posse: At cum sæpius jam demonstratum sit, patriam potestatem in Germania salvam esse, filiumque ex re patris negotiantem, non sibi, sed (etiam post annum 25.) patri acquirere, eadem æquitatis ratio intuitu beneficii competentiæ ex hoc titulo competentis manebit. Optime ita rem decidit *Dn. Stryk. U. M. h. §. 2.* Idque multo magis verum est, si filius hæreditati renunciavit, etsi dissentiant *Grœnw. d. l. Müller. ad Struv. h. §. 49.* & *Dn. Stryk. d. l.* qui putant durum esse, filium nomine patris vel in ejus utilitatem intuitu peculii profectitii contrahentem, & quidem scientibus id creditoribus, in tantum condemnari posse, ut saltem competentiæ remedium ipsi remaneat. Verum cum dispositio juris clara sit, tamdiu ei insistendum est, donec abrogatio rite probetur: Nec ulla hic subest iniquitas, utpote cum filius, si minor, & contrahendo læsus sit, restituatur in integrum, etiam quinquennio postquam major factus est: Si vero ut major contraxit, & quidem suo nomine, creditor ejus magis fidem secutus videtur quam patris.

Laut. pag. 247. verb. de hodierno jure.

LIB. XIV. TIT. VI.

DE SENATUSCONSULTO MACEDONIANO.

Qv. I. *An contra fœminam & civitatem creditrices SCtum Macedonianum locum habeat?*

Affirm. Nam utrobique eadem ratio. *l. 15. h.*

Obj. Quod & fœmina & civitas sint æque privilegiatæ; at privilegiatus contra æque privilegiatum non utitur privilegio.

Resp. Imo non sunt æque privilegiatæ, nam fœminæ in intercessionibus,

Laut. pag. 248. verb. cujuscunque sexus aut conditionis &c.

bus, & civitates in restitutionum materia quidem sunt privilegiatæ, non vero in mutua pecunia: Neque in odiosis & lege prohibitis privilegia sunt extendenda.

Qv. II. *Si duo credunt filiofamilias, an ad hoc, ut SCtum locum habeat, sufficit unius scientia?*

Laut. pag. 248. verb. Si duo crederent.

NEGATUR: si duo communiter credunt; tunc enim unusquisque pro parte tantum repetit, & sic unius scientia alteri nocere non debet. Secus ergo si correi sunt, nam hoc casu unusquisque in solidum repetit, indeque unius scientia alteri nocet, de quo est *l. 7. §. 7.*

Qv. III. *An filius a patria potestate per dignitatem liberatus possit uti hoc SCto?*

Laut. pag. 249. verb. modo per dignitatem &c.

NEGATUR: Nam emancipatus, qualis quoque est, qui per dignitatem a patria potestate liberatur, sibi acquirit, & libere disponere potest, indeque tota ratio SCti hic cessat, *arg. l. 1. h.* ubi dignitas per se non cessare facit SCtum, nisi sui juris quoque fiat: *arg l. 3. §. f.* ibi: *vel alias sui juris &c. h. t. arg. l. 1. pr.* ibi: *cujus in potestate fuisset &c.* Atque ita praxi obtinere testatur *Lauterb. p. 249. in pr. ibique Carpz. Sand. Bus. & Christ. Struv. h. §. 57. n. 1. Bach. ad Wes. h. t. n. 7 & ad Treutl. Disp. 20. th. 7. lit. c. Vol. 1. Brunn. ad l. 1. h.*

OBJ. *Nov. 81.* Ubi dignitates liberant a patria potestate tantum quoad onera, non vero quoad commoda.

RESP. (1) Imo ratio JCti non in patria potestate consistit, sed in metu insidiarum; quæ ratio hic plane cessat, quia sibi jam acquirit, & de suo solvere potest. (2) Omnino onus filii est, quia nemo cum tali contracturus esset, id quod onerosum foret in dignitate constitutis.

Qv. IV. *An principum filii quoque utantur beneficio SCti Macedoniani?*

Laut. pag. 249. verb. in Principum filiis &c.

AFFIRM. Nam etiam hi sunt filiifamilias, neque circa hos in legibus distinguitur.

OBJ. Quod hæc dispositio sit juris positivi, cui Principes non obligantur.

RESP. (1) Imo Principum filii sunt subditi, uti reliqui: Sed & (2) Principes quoque uti possunt privilegiis jure civili introductis, ne deterioris sint conditionis, quam ipsi subditi.

DISSENT. *Conan. L. 7. C. 2. Barbos. L. 2. n. C. h. t.*

Qv. V. *An filii consensu patris negotiationem exercentes moribus nostris quoad illam negotiationem habeantur pro emancipatis?*

NEGATUR: Nisi separatam quoque habeant familiam. Conf. *supra lib.* 14 *tit.* 5. *q.* 2. De peculio profectitio id indubium est, quia illud pleno jure ad patrem pertinet. *Laut. pag.* 260. de adventitio ordinario itidem dubitari nequit, quippe quod accedente consensu patris incipit esse irregulare. Pater enim, qui consentit negotiationi, consentit etiam, ut filius sit plene dominus, & ut alienare bona etiam in præjudicium ususfructus possit, eoque usuifructui suo renunciat: In peculio autem irregulari filius nullibi habetur pro patrefamilias, nedum pro emancipato, nemo enim in jure pro tali habetur ratione bonorum privatorum, quæ patri non acquiruntur. Unde nec testari filius de hujusmodi bonis potest. Vid. *quæst. ad Laut. p.* 484. *in fin.*

Laut. ibid. verb. *& in filiis consensu patris &c.*

Qv. VI. *An peculium adventitium irregulare faciat cessare hoc SCtum?*

AFFIRM. Quia jam solvere de suo potest, quem casum Doctores communiter excipiunt: Neque in mutuo requiritur, ut contrahens habeat qualitatem patrisfamilias, neque propter eam prospectum est securitati patris ipsius, sed propterea, quod filius non habeat bona, unde solvere possit, & quod ideo insidiæ quasi necessario fieri debeant bonis paternis; Quæ ratio prohibitionis cessat, si filius peculium adventitium irregulare possidet, quia jam habet, unde solvat.

Dissent. Laut. pag. 249. verb. *Licet sit adventitium irregulare.*

Qv. VII. *An per hoc SCtum tota obligatio tollatur?*

NEGATUR: Sed tantum actio in pœnam fœneratoris; Idque apparet (1) ex *L.* 1. *pr. h & Suet. in Vesp. c.* 11. Ubi tantum cautum, ne actio petitioque daretur (quia ex ea tantum erat periculum) vel ut Suetonius *d. l.* ait, *ne exigendi crediti jus esset:* Atque hinc (2) nec solutum a filio repeti potest, quod falsum esset, si tota obligatio sublata esset. Conf. *supra Cond. ind. q.* 6. *in fin.* Indeque recte in *l.* 10. *h.* naturalis obligatio manere dicitur, idque (3) ita in terminis traditur in *l.* 9. §. *p. h.* ubi & ratio additur.

Laut. p. 250 verb. *Hoc SCtum non impedit &c.*

OBJ. *l.* 18. *h.* Ubi naturale debitum cessare dicitur.

RESP. Agit de casu filii mortui, qui tum hæredem non habebat, sed pater bona ejus occupabat jure patriæ potestatis: Ergo nullus effectus debiti superesse poterat nisi ratione peculii: Hodie autem hoc cessare ait *Goth. ad d. l.* 18. quia filius habet hæredem.

Obj. *alleg. l. 1. pr.* ibi: *petitio non daretur h.*

Resp. Verum est, actionem non dari, at reliqui effectus debiti manent.

Quid vero interest?

Resp. Quia sola actio tollitur, non condici potest solutum, omnesque effectus debiti manent. Vid. *sup. tit. de pact. q. 39.*

Qv. VIII. *An privilegium hoc sit personale?*

Dissent. Laut. pag. 250. verb. Quamvis ipsum SCtum &c.

Negatur: Vide *supra tit. de Constit. Princ. q. 3.*

Qv. IX. *An filiisfamilias detur exceptio SCti Macedoniani, si pecuniam adhuc habent salvam?*

Dissent. Laut. pag. 250. verb. Etiamsi pecuniam habeant &c.

Negatur: Et iniquum esset filium locupletari cum alterius damno; neque enim jam erit periculum patris, utpote cum filius habeat unde solvere possit: Accedit, quod creditor tanquam dominus vindicare hanc pecuniam possit, vel eam condicere.

Obj. *L. 9. §. 2. h.* ibi: *si affirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse, &* mox, *nec interest, an consumti sint nummi, an exstent in peculio.*

Resp. Loquitur de casu, quo pecunia filio mutuo data consumta est; Licet enim forte locupletior inde factus sit, aut ornamentum inde comparaverit, tamen, si actio daretur ad pecuniam exigendam, quæ jam non ipsa amplius exstat apud filium, idem maneret periculum patris.

Qv. X. *An patribus detur hoc SCtum?*

Laut. ibid. verb. Patribus &c.

Affirm. Unice enim in favorem parentum hoc SCtum est introductum.

Obj. *L. 1. C. ne fil. pro patre.* Ubi dicitur, patrem non amplius teneri, quam est in peculio, *si patris injussu vel contra SCtum Maced. est contractum.* Ergo pater utroque casu intra peculium teneri videtur.

Resp. Argumentum a contrario non valet, inprimis in hac lege, ubi duo sunt casus: (1) Quando sine jussu patris, (2) quando contra SCtum Maced. est contractum: & quæritur, an his duobus casibus pater teneatur? Imperator ait neutro casu teneri ultra peculium: At alia quæstio est, an ergo utroque casu intra peculium teneatur? quod non deciditur, sed juri communi relinquitur, quod

quod disponit, priori casu intra peculium patrem teneri, *tot. tit. ff. de pecul.* posteriori vero non. *tot. tit. ff. SC. Maced.*

Qv. XI. *An exceptio SCti Maced. post sententiam opposita impediat ejus executionem?*

AFFIRM. *L. 11. SCto Maced.* Nam omnes exceptiones, quæ ipsa lege insunt, possunt opponi in ipsa executione. *B. Par. Hyp. Inst. tit. Except. §. f.*

Laut. pag. 251. verb. *Et post sententiam demum &c.*

OBJ. *L. 2. C. sent. rescind. non &c.* Ubi exceptiones peremtoriæ ante sententiam opponi debent.

RESP. Exceptio est in iis, quæ lege vel SCto insunt: *d. Hyp.* ut & in iis, quæ judicium infringunt. *Brunn. proc. c. 16. n. 4.*

Neque hic hodie aliquid mutatum esse apparet, etsi id putet *Grœnw. ad d. l. 11.*

Qv. XII. *Si a patria potestate liberatus partem solvit, an cesset SCtum etiam ratione reliquæ partis?*

AFFIRM. (1) per textum generalem in *l. 7. §. f. h.* (2) ex ratione generali juris, quod qui partem debiti solvit, totum probet. *l. 39. §. 1. Op. Lib. L. 4. C. Non num. pec.* Atque hinc (3) in *d. l. 7. §. p. & ult.* duo traduntur, scilicet solutum non repeti & SCtum cessare, quæ clausula ad partem non solutam videtur referenda. Idque (4) apparet ex oppositione *l. 7. §. f.* & *l. 9. pr. h. t.* (quæ utraque est ex Ulpiani Libro 29. ad edictum) in *priori* enim dicitur, quod parte soluta cesset SCtum, in *posteriori* vero dicitur, *sed si paterfamilias pignus dederit, dicendum erit SCti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.* Adeoque *hoc* casu agnoscit debitum ad pignoris quantitatem, *illo* vero, ex natura oppositionis, totum debitum. Atque hæc (5) communis Dd. est sententia, *Goth. ad l. 7. §. p. h. Laut. pag. 251. ibique* Dd. Gloss. *ad d. §. p. Treutl. d. 20. th. 8. lit. a. V. 1. Peretz. C. h. n. 13.* Conf. *Dd. apud Müller. ad Struv. h. §. 57. lit. k.* Eamque sententiam in praxi obtinere apparet ex præjudiciis apud *Christ. Vol. 3. dec. 35. n. 11. Nattam Cons. 573. n. 58.*

Laut. ibid. verb. *totius vel partis solutione.*

DISSENT. *Bachov. ad Treutl. d. l. Struv. h. §. 57. Connan. Comment. Jur. L. 7. c. 2. n. 2.*

OBJ. *L. 9. pr. h.* Ubi pignore dato non totum debitum approbatur, nec ratione totius debiti exceptio SCti Maced. cessat, sed usque ad pignoris quantitatem.

Resp. Aliud eſt in partis ſolutione, aliud in pignoris datione: *Laut. d. l. Tr. d. l. Müller. d. l.* nam debitum ſua natura eſt individuum, adeoque per ſolutionem pro parte probari, pro parte improbari nequit. *d. l. 39.* At in pignore alia eſt obligatio principalis, alia pignoris; & ſic diſtincta debita ſunt, nec acceſſio ultra confirmat principale, quam pro ea quantitate, in qua accedit, *d. l. 9.*

Qv. XIII. *Si filius, contra SCtum Macedonianum mutuum accipiens, debitum ex peculio, cujus alienandi poteſtatem non habet, ſolvit, quomodo patri ſuccurratur?*

Laut. ibid. verb. *ceſſat hæc contributio &c.*

Resp. Pater nummos exſtantes vindicat, conſumtos condicit: Equidem contraria ſibi invicem videntur *L. 14. de Reb. cred.* & *L. 9. §. 1. h.* in quarum priori condictionem non dari, in poſteriori vero dari, aſſeritur: Tota difficultas tollitur, ſi dicamus agi in *d. l. 14.* de condictione certi ex mutuo, in *d. l. 9.* autem de condictione ſine cauſa; ita ut ſenſus ſit, patrem conſumtos nummos poſſe condicere ſine cauſa, *d. l. 9.* non vero condictione certi ex mutuo. *d. l. 14.* quia filius noluit mutuum contrahere, ſed ſolvere: Atque hæc explicatio, nimirum *d. l. 14.* agere de condictione certi ex mutuo, confirmatur (1) ex eo, quod lex illa ſub rubrica tituli *de Rebus creditis, ſi certum petetur, & de condictione*, contineatur. (2) Ex connexione Legum ipſaque Marcelli ratione, nam poſtquam varios caſus, in *L. 13.* recenſuit compilator digeſtorum, quibus condictio certi ex conſumtione oritur, tandem in *l. 14.* etiam quærit, an tunc, cum filius pecuniam peculiarem creditori contra SCt. Macedonianum ſolvit, pater habeat condictionem certi? & hoc negatur, ex ratione ante allegata: Idque eſt, quod Marcellus innuit, dum ait, *quoniam toties condictio datur, quoties ex ea cauſa numerati ſunt, ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiiſſet: in propoſito autem non eſſet:* argumentum tale eſt:

Toties condictio (ſcil. certi) ex conſumtione datur, quoties ex cauſa numerationis daretur actio, ſi dominium tranſiiſſet in accipientem: Nam ſi quis mutuo dat pecuniam alienam, tunc ex ea cauſa dominium non tranſit, indeque nec actio *quod certum petatur* locum habet; at daretur actio, ſi pecunia propria fuiſſet: Indeque ſi conſumta ſit pecunia aliena, datur condictio certi: Eſt ergo condictio hæc ex conſumtione actio fictitia, quia fingit dominium tranſiiſſe; Ex iis igitur cauſis danda eſt, ex quibus datur vera: *Cuj. L. 14. Obſ. 3. 5.*

Atqui in propoſito caſu actio ex numeratione non eſſet, ſi dominium tranſiiſſet. Quomodo enim actio *ſi certum petatur* daretur filio, qui non mutuum contrahere, ſed ſolvere voluit.

Ergo

Ergo neque condictio (certi) ex consumtione dabitur: At dabitur condictio sine causa, quia pecunia patris sine causa est penes creditorem. *L. 9. ff. 1. SC. Mac.*

Quo ipso tota antinomia, quam Dd. plerique hic admittunt, (vid. *Cuj. d. l. Brunn. ad d. l. 14.*) tollitur atque evanescit.

LIB. XV. TIT. I.

DE PECULIO.

Qv. I. *An Studiosi habeant peculium quasi castrense?*

NEGATUR: Quia neque officium publicum habent, neque ex eo acquirunt: Sed potius erogant: Quod autem iis datur ad studia, huc non pertinet, quia militia seu officium hic non est, sed præparatio ad officia, & instructio: Et sic non obstat *L. 1. C. de Castr. pec.*

Laut. pag. 255. verb. Quod alii extendunt.

Qv. II. *An ad peculium quasi castrense pertineant, quæ a clericis vel aliunde sunt quæsita?*

De illis id affirmat *Laut. pag. 255. in f.* de his vero id negat: Nos de utrisque id NEGAMUS, nisi ex causa officii publici sit acquisitum: idque de clericis in terminis tradit *Molin. de Jur. & J. Disp. 231 n. 2.*

Laut. pag. 255. verb. Non etiam quæ aliunde.

OBJ. *L. 8. C. de advoc. 1.* ibi: *quovis casu & titulo &c.*

RESP. Loquitur de advocatis, adeoque de illis, qui ex officio publico acquirunt, quod ergo ab his rogatis quolibet casu & quolibet titulo acquiritur, vindicatur peculio quasi castrensi.

Qv. III. *An sit peculium quasi castrense, quod ab Augusta donatur filiof.?*

AFFIRM. Nam quod Princeps filiofamilias donat, indubie pro quasi castrensi habetur; *L. 7. C. bon. quæ lib.* id enim semper ex causa publica procedit: Sed idem quoque expresse de Augusta dicitur *d. l. 7.* Nam Princeps omnia tribuit Augustæ privilegia, quæ ipse habet. *L. 31. ff. Legibus.* Conf. *supra L. 1. tit. 3. q. 5.*

Laut. pag. 255. verb. Huic quoad effectum &c.

DISSEN-

DISSENTIUNT Dd. apud *Laut. p. 256. pr.* Hodie idem privilegium pertinet ad omnes Status Imperii, qui jure ſuperioritatis territorialis gaudent, eorumque conjuges; quia eadem eſt ratio.

Qv. IV. *An recte definiatur peculium adventitium ordinarium*, quod a rationibus paternis eſt ſeparatum?

Laut. pag. 256. verb. Paganum adventitium &c.

NEG. Sed præterea requiritur, ut a bonis ejus ſeparatum ſit. Nulla enim alias differentia ſupereſſet inter peculium profectitium & adventitium; illud enim etiam a rationibus paternis, at non ab ejus bonis eſt ſeparatum. *B. Par. Hyp. Inſt. tit. per quas perſ. cuique §. 3.*

Qv. V. *An pater habeat uſumfructum peculii adventitii ordinarii, licet filius de pane patris non vivat?*

Laut. pag. 257. verb. Licet filius. de pane &c.

Diſtinguendum, an filius ſeparatam familiam habeat, an non; *Illo caſu* omnino tollitur uſusfructus, habeturque filius pro emancipato. Vide *ſupra tit. de tribut. Act. q. fin.* & *ſup. tit. de adopt. q. 12.* Idque ita traditur apud *Scheplitz. Conſ. March. p. 3. 4. n. 1. in f. Müller. reſol. 125. n. 1.* & præjudicia in terminis exhibet *Carpz. p. 2. c. 10. def. 7. Hoc caſu* vero non tollitur uſusfructus, quia ceſſat effectus emancipationis; Idque verum eſt, licet filii de pane patris non vivant, quia imputari non poteſt patri, quod non exhibeat alimenta liberis, qui ope ipſius non indigent, vel ea uti nolunt. *Carpz. d. l. n. 9.* Indeque nec uſuras hujus peculii a patre repetere poterunt, uti quatuor præjudiciis confirmat *Carpz. d. l.*

Qv. VI. *An filius uſumfructum ſibi relictum, patrique plene acquiſitum, hoc mortuo retineat?*

Laut. pag. 257. verb. Singulare eſt &c.

AFFIRM. Quia filius & pater habentur pro una perſona, quæ tota nondum eſt exſtincta, licet pater mortuus ſit. *L. ſ. C. de uſufructu. Lauterbachius ſupra p. 126. pr. & p. 257. in med. ibique Dd.*

DISSENTIUNT Dd. apud *Laut. d. p. 257.* Quia uſusfructus perſonæ cohæret, morteque fructuarii, ſcil. patris, finitur.

RESP. Imo unita illa perſona filii & patris nondum videtur exſtincta, quamdiu unus eorum ſupereſt.

Laut. pag. 257. verb. An idem ſit patria &c.

Qv. VII. *An pater uſumfructum retineat patria poteſtate per dignitatem ſoluta?*

NEG. (1) Quia non fit ſui juris facto & beneficio patris, indeque nullum ejus poteſt eſſe præmium: Et cum (2) tantum in præmium emancipationis id

id constitutum sit, non debet extendi ad alios casus. Accedit (3) quod in dignitate constitutus liberatur patria potestate quoad onera, vid. *sup. tit. de adopt. q. 11. in f.* at insigne onus filii esset, si semissem ususfructus patri relinquere deberet.

Obj. Textus autoris in *l. f. C. SC. Tertul. l. f. C. comm. de suc. &c.* Ubi indistincte dicitur, quod pater habeat semissem ususfructus etiam, si morte patria potestas solvitur.

Resp. At non si dignitate, neque de eo casu loquuntur dictæ leges; dignitas enim patriam potestatem non plene solvit, sed tantum quoad onera; Idem quoque dicendum, si per separationem familiæ filius fit sui juris, ex eadem ratione; nam & hoc modo tantum quoad onera solvitur patria potestas. Vid. *tit. de adopt. q. 12.* Idque praxi quoque ita obtinere testatur *Carpz. p. 2. c. 10. def. 5.* ubi præjudicia refert. Adeo ut filius ab illo tempore usuras petere possit. *Carpz. d. l.* Conf. *supra q. 5.*

Equidem sunt, qui putant, præmium emancipationis hodie cessare, etiam eo casu, ubi facto patris emancipatio fit: Verum etsi rariores emancipationes sint, non tamen ejus deficiunt exempla. Vid. *sup. tit. de adopt. q. 2. & q. 9.* sed & ratio hujus mutationis, quod scil. suitas hodie non tanti sit, ut tanto pretio redimatur, admodum fallit: nam hodieque insignia sunt commoda patriæ potestatis, *sup. L. 1. tit. 6. q. 20.* quæ si patri auferuntur, non video, cur semisususfructus in eorum vicem ipsi relinqui non debeat. Neque ullum præjudicium pro illa mutatione afferri potest.

Qv. VIII. *An liberis a patris familia separatis finiatur ususfructus, qui patri in bonis adventitiis lege constitutus erat?*

Equidem Jure Civili notum est, patrem si filium emancipaverit, dimidiam retinere hujus ususfructus partem, *§. 2. Inst per quas pers. cuique, l. 6. § 3. C. Bon. quæ lib.* idque in præmium emancipationis, i. e. ad remunerandum beneficium emancipationis, *d* §. *2. l. 3. C. Bon. mat.* Unde & beneficium quærendorum bonorum dicitur in *L. 1. ff. si quis a parente &c.*

Laut. pag. 257 verb. *Si filium emancipavit &c.*

At moribus hoc mutatum esse, neque patrem hodie semissem ususfructus acquirere, plurimi statuunt; *tum* quia exolevere emancipationes illæ solennes, *tum* quia suitas hodie non tanti est, ut tanto pretio redimatur. At utraque ratio fallit, nam & hodie emancipationis exempla exstant, quæ vide *supr. tit. de Adopt. q. 13.* & insignes quoque supersunt patriæ potestatis effectus. Conf. *supr. Tit. de his, qui sui vel alien. q 20.* quos si pater remittit, non video, cur pretium hoc emancipationis, scil. semis ususfructus, ipsi relinqui non debeat. Neque mutatio illa rite probari potest.

Cum vero ſeparatio familiæ communi Germaniæ conſuetudine ſit inſtar emancipationis, habeaturque pro modo tollendæ patriæ poteſtatis, vid. *ſupr. tit. de Adopt. q. 12.* merito quæritur, an ſeparatione facta pater amittat uſumfructum vel in totum, vel ſaltem quoad dimidiam partem? Verior eſt ſententia eorum, qui totum uſumfructum ceſſare, patremque liberis bona adventitia plenarie reſtituere debere ſtatuunt. Vid. *Carpz. p. 2. c. 10. def. 5.* & *Phil. Uſ. pr. Inſt. tit. de Adopt. Ecl. 77. n. 4. Richt. part. 1. dec. 18. n. 10. Cephal. L. 3. Conſ. 423. n. 44. & 55. Kobl. de Succeſſ. Conj. c. 2. n. 75. Cothm. L. 5. Reſp. 9. n. 2. 62. 122. & 135. Müller. Reſol. March. 78. n. 11. & 12. Berl p. 2. c. 11. n. 33. & ſeq.* Ratio evidens hæc eſt, quia per ſeparationem familiæ tollitur patria poteſtas, adeoque & effectus ejus, ſcilicet acquiſitio uſusfructus. Neque dimidiam, uti in emancipatione, ſibi vindicare poteſt parens, tum quia non facto patris e poteſtate liberi dimittuntur, indeque nec præmium ejus petere poterit, tum quia per hujusmodi ſeparationem non tollitur patria poteſtas, niſi quoad onera, *d. q. 12.* at inſigne onus filii eſſet, ſi ſemiſſem uſusfructus patri relinquere deberet. Atque ita judicatum d. 25. Oct. 1708. in cauſa des Advocat Stötzers contra deſſen Kinder erſterer Ehe.

Qv. IX. *Si pater conveniatur de peculio adventitio ordinario, vel nomine adminiſtratorio ex eo agat, an teneatur cavere de rato?*

Laut. pag. 258. verb. *Nec de rato &c.*

NEGATUR: Quia lege ipſi competit adminiſtratio Conf. *Laut. pag. 54.*

OBJ. *L. 14. Qui ſatisd. cog.*

RESP. Agitur ibi non de bonis adventitiis, ſed aliis, verbi gratia caſtrenſibus, &c. in his pater ſatisdat, quia non eſt legitimus adminiſtrator.

EXC. Si filius ſit præſens & habilis, nam tunc hujus conſenſus requiritur. *L. f. §. 3. C. bon. quæ lib.* Indeque, quia pater non amplius adminiſtrationem ſolus habet, neceſſario de rato cavere debet. *Laut. pag. 258. pr.* atque hoc præjudicio confirmat *Carpz. alleg. loc.*

Qv. X. *An dona Principis & Auguſtæ pertineant ad peculium adventitium irregulare?*

Laut. pag. 258. verb. 1. *Dona Principis vel &c.*

Putat id Autor, ſed ipſe *ſupra pag. 255.* ad quaſi caſtrenſe ea retulit. Vid. *q. 3.*

Qv. XI. *An Mater uſumfructum legitimæ. liberis neceſſario relinquendae, patri adimere poſſit?*

Laut. ibid. verb. *Uſusfructus legitimæ &c.*

NEG. Quia mater legitimæ legem dare non poteſt, ergo nec eam, ne uſusfructus, qui patris eſt ex lege, ei quæratur.

OBJ.

OBJ. Quod hoc ſit onus, quod legitimæ uſusfructus patri neceſſario relinquendus ſit, at onus legitimæ adjici nequit. *L. 32. C. Inoff. teſt.*

RESP. A teſtatore & homine nequit, at a lege poteſt.

Atque ita praxi obtinet, & præjudicium exſtat apud *Chriſtin. Vol. 4. dec. 75. n. 1.* Vid. Dd. apud *Laut. p. 259. pr.*

DISSENTIUNT *Dd. ibid.*

QV. XII. *An feudum filiofamilias conceſſum pertineat ad peculium adventitium extraordinarium?*

NEGATUR: Sed eſt caſtrenſe, & ſua natura militiæ cauſa datum: Secus vero ſi non propter militiam datum ſit, ut feudum ruſticum &c. Vid. *Bachov. alleg. l. Treutl. V. 1. Diſp. 16. th. 2. lit. b. ibique late Dd. Roland. a Valle Conſ. 71. n. 65. V. 2.* Conf. *Laut. h. p. 259. ibique Dd.*

Laut. pag. 259. verb. 7. *Feudum &c.*

QV. XIII. *An filius de peculio adventitio extraordinario conſenſu patris teſtari poſſit?*

NEG. Nam mortis cauſa donare quidem poteſt, quia hæc donatio eſt juris privati, & quoad formam actus inter vivos; at teſtamentum eſt juris publici, cujus non niſi civis Romanus, adeoque paterfamilias, capax eſt; de quo plenius infra ad *Laut. p. 484.*

Laut. pag. 259. verb. *Non etiam teſtatur.*

QV. XIV. *An munus patrinorum*, das Pathen-Geld, *ſit peculium profectitium?*

NEG. Sed adventitium ordinarium, (1) quia non datur a patre, ſed ab extraneo; nec (2) datur adminiſtrandi cauſa, quod tamen ad profectitium neceſſario requiritur, utpote quod ideo datur, ut frugalitate ſtudere diſcant filii & aſſueſcant adminiſtrationi rerum ſuarum. Neque (3) intuitu parentis datur, ſed in baptiſmi memoriam; quod (4) vel exinde patet, quia & patre mortuo dari ſolet. Idque (5) ita praxi receptum eſt. Conf. *Carpz. p. 2. c. 24. def. 18. & def. 262. B. Par. Hyp. Inſt. L. 2. t. 9. §. 5.*

Laut. pag. 260. verb. *Idem dicendum &c.*

QV. XV. *An Dominus actione de peculio conventus deducere prius poſſit id, quod ſervus ipſi debet?*

AFFIRM. Quia hoc domino jam ſolutum cenſetur hoc ipſo, dum in ſua cuſtodia habet, & ſic cenſetur hoc ipſum eſſe extra peculium. *L. 9. §. 2. h.*

Laut pag. 261. *in fin.* verb. *deducto prius eo &c.*

Hac occaſione paucis explicabo ſenſum *d. l. 9. §. 7.* in quam adeo invehuntur JCti, eamque tum æquitati, tum ipſi rationi naturali contrariari contendunt; Verba ejus hæc ſunt:

Si ipſe ſervus ſeſe vulneravit, non debet hoc damnum deducere, non magis quam ſi ſe occiderit, vel præcipitaverit: Licet enim etiam ſervis naturaliter in ſuum corpus ſaevire. Sed ſi a ſe vulneratum ſervum dominus curaverit, ſumtuum nomine debitorem eum domino puto effectum, quanquam ſi aegrum eum curaſſet, rem ſuam potius egiſſet.

Agit vero textus de caſu ſingulari, quo ſervus ſe ipſum vulnerat, & dubitatur, num dominus hoc damnum e peculio ſervi deducere poſſit: Et ſunt tria ejus membra: In *priori* proponit & decidit caſum, quo ſervus ſe vulneravit: In *altero* caſum, quo in vulneris hujus curam; Et *denique*, quo in ejus morbum aliquid a domino impenſum eſt.

NOTANDUM hic (1) Quod cum ſervus domino & aliis debet, ſingulare hoc peculii beneficium ſit, quod dominus id, quod ſibi debetur, deducere e peculio poſſit, nec reliqui creditores, niſi eo deducto, quicquam inde petere poſſint. *L. 9. §. 3. §. 4. ff. de Pecul.* quia hoc pro ſoluto jam habetur, dum dominus tenet, *L. 61. ff. de ſolut.* etſi domino ex delicto debeatur. *L. 9. §. 6. de Pecul.*

NOT. (2) Servus debere domino inter alia intelligitur, quando facto ſuo damnum ei dedit; etſi enim inter dominum & ſervum nulla actio, nullaque obligatio ſit jure civili, naturaliter tamen domino debere dicitur in *L. 13. princ. ff. Cond. ind.* non autem debet domino, quod hic in ejus alimenta vel valetudinem impendit; hæc enim e contrario dominus ſervo ſuo debet, quia ſine iis ſervus operas præſtare, quin vivere non poteſt, quippe qui nihil bonorum, unde alatur, habet, vel habere poteſt.

Hinc ergo quæritur, ſi ſervus ſe ipſum vulneraverit, an hoc quoque damnum domino debeatur, adeoque dominus id deducere e peculio poſſit ante reliquum æs alienum? Et videbatur id aſſerendum, quia ſervus eſt in patrimonio domini, quod proinde imminuit, ſi ſe deteriorem vulnerando reddit: Sed JCtus id negat, quia hoc damnum non infert ſervus patrimonio domini, ſed ſuo corpori, uti cum ſe ipſum occidit vel præcipitat.

Equidem non caret hoc ſcrupulo, quia corpus ſervi eſt in bonis domini, atque ſic patrimonio domini damnum datur, quoties idem contingit in corpore ſervi; eſtque adeo corpus ſervi in bonis domini, ut hic eo, ceu re ſua, abuti, illud cædere, quin ſervum occidere quoque poſſit. Verum ad hæc regero, quod ſervus ſit quidem in dominio domini, quoad jura bonorum, operarum, quin & dominus jus vitæ & necis in ſervum habet. At hæc non impediunt, quin

quin corpus servi naturaliter ipsius servi sit, neque servitus naturam sustulit, aut tollere potuit, ita enim sensus corporis, ac dolor ex verberibus, vulnere, morbo &c. ad servum pertinet: qua ratione etiam injuria ipsi servo fit, prout optima distinctione id decidit JCtus in *L. 15. §. 35. ff. de Injur.* Si enim quis servo convitium fabit, non fit ei injuria, quia servus uti jurium, ita & injuriarum est incapax, nisi ad sugillationem domini injuria facta sit, quo casu ea domini, non servi est injuria, & dominus, non servus injuriarum agit. *d. l. 15. §. 35. & §. 3. Inst. eod.* At vero si atrocius servus pulsetur, vulneretur, naturaliter ea servi est injuria, etsi intuitu domini nihil factum fuerit, adeoque dominus injuriarum agere non possit. Atque hinc, licet servo actio dari nequeat, non tamen a Prætore hæc servi injuria inulta relinqui debet. *d. l. 15. §. 35.* Ablata enim servo libertate non tamen sensibilis quoquè illa vis corporis extincta est, sed ejus ille sensus, dolor, ægritudo est, non domini: Unde si præter dominum alius, qui jus in servum non habet, eum atrocius verberaverit, hæc vera injuria est, quæ servo fit, & quam, cum servus judicio agere non possit, Prætor ulcisci debet juxta *d. l. 15. §. 35.*

Eadem itaque ratione, si servus se ipsum vulneravit, naturaliter non domini ea injuria vel damnum est, sed ipsius servi: & proinde uti inde domino nihil debetur, ita nec dominus deducere hoc ex peculio potest: Ubi enim injuria non est, ibi quoque nulla est reparatio: Ex quibus facile intelligitur sententia verborum, quæ pro ratione JCtus adducit, *Licet enim etiam servis naturaliter in corpus suum sævire.* Non enim in textu quæritur, quid morali ratione & jure licitum sit, sed de jure domini, an injuria & damnum domino facta sint? Non an legibus publicis id adversetur, sed an juri privato domini? Igitur per potestatem domini quidem licet servo naturaliter in suum corpus sævire, at non per jura publica. Crimen id est, etsi injuria domini non sit, contra Deum & magistratum committitur, etsi non contra dominum. Hinc ergo recte JCtus concludit, dominum id deducere non posse, etsi magistratus punire id possit.

Obj. Quod dicatur crimen hoc esse, damnum autem crimine datum dominus potest deducere.

Resp. Jam supra dictum est; crimen hoc esse non respectu domini, sed respectu magistratus.

Verum adhuc *obstat*, quod in damno per delictum dato non inspiciatur, contra quem crimen commissum sit, sed quis damnum sentiat, hoc autem sentit dominus, dum servus vilior est factus per vulnus, & interim dominus lucro carere tenetur, cujus causa servi habentur: Et sic licet non possit dici, quod

domino injuriam immediate fecerit propter vulnus, mediate tamen fecisse videtur, dum propter hoc vulnus lucro carere tenetur.

Resp. Verum quidem est, aliquid decedere bonis domini, sed id non fit per injuriam & culpam servi, qui hactenus, & respectu dominicæ potestatis, jure suo naturali utitur. Non intelligitur autem damnum alii dare, qui jure suo utitur, etsi alterius conditio inde deterior fiat, ut cum quis puteo suo aperto venas præcidit, eoque aqua, quæ hactenus ad vicinum pervenerat, fluere desiit, damnum vicino fecisse non videtur, qui in re sua fecit. *L. 24. §. f. ff. damn. inf.* Uti hic eadem ratione damnum hoc servus non in rebus domini, sed in suo corpore dedit, etsi enim hoc corpus quoque res domini fuerit, quoad jura operarum, vitæ ac necis, tamen hoc proprium servi est, quod pati corpore possit, ac sentiat. Quemadmodum omnia, quæ in nudo facto consistunt, in servum cadunt, & naturaliter servi sunt. *L. 41. Pecul.* Unde ipse jussu domini adire, & hoc suo facto acquirere hæreditatem domino potest. *L. 82. §. 2. ff. de Legat. 2.* Et alias nec affici pœna corporali, nec ultimo supplicio propter crimina sua posset, quia non ipse, sed dominus ejus puniretur, & domino injuria fieret, nisi corpus, ejusque facta, sensus, & passiones ipsius servi esse intelligerentur, uti sunt naturaliter: Damnum igitur, si quod domino hinc datum videatur, dominus casu potius, quam injuria servi in dominum accepisse intelligitur, perinde, uti si servus ex morbo obiit, vel operas præstare impeditur.

Satis apparere jam puto, immerito JCtos Romanos culpari, quod αὐτοχειρίαν concesserint: quamvis enim Stoici eam sæpe laudarint, & quandoque probasse videantur, ut ex *Sen. L. 3. de Ira c. 15.* & passim ex Epistolis ejus constat, hic tamen non apparet, quod eos secuti fuerint, etsi alias plerumque eos imitari soleant; quin quod JCti eam ut homicidium improbaverint, satis patet ex *l. 38. §. f. ff. de Pœn. l. 1. §. 22. ff. SCt. Silan.* ubi in se sævire maxime improbatur: & sic in *l. f. ff. de Bon. cor. qui ant. sent.*

Et hactenus quidem de primo membro. In *altero* quæritur, an ergo dominus, si in vulneris hujus, quod servus sibi ipsi inflixit, curationem aliquid impendit, sumtus deducere possit? Quod asseritur in *d. §. 7.* quia servi facto hoc abest e bonis domini: adeoque id servus debet domino, & ex ejus peculio dominus id deducere potest: Cum enim servus corpori suo vulnus infert, non dat damnum domino, sed cum propter hoc factum dominus aliquid impendere debet, id domini damnum est.

In *ultimo* denique membro merito secus esse statuitur, si dominus alias quid in morbum servi impendit, id enim in rem suam impendit, perinde ac alimenta, quoniam sine eo uti servo, ejusque operis, non potest. *d. l. 9. §. 7.* *in*

in fin. Unde idem erit, si servus ab alio, non a se ipso, vulneratus fuit, & dominus aliquid sumtuum in curationem fecit; nam & hoc non accidit facto servi, nec adeo ille inde domino debet, sed dominus rem suam curat.

Equidem ratio hujus textus ab usu temporum nostrorum recessit, cum servi, servorumque peculia, & utrorumque jura, hodie apud nos plane cessent: Verum omnis utilitatis rationes superare videtur, ne hæreat in jure nostro ulla suspicio permissæ autocheiriæ, quo nomine tam male apud Antonium Matthæi aliosque, per hunc textum audit: Verum cum pessima hæc in leges nostras calumnia, & a sententia JCti longissime remota sit, maxime interest, absolvi eos a tanta pravitate, & evelli hunc scrupulum, delerique & abstergi tanti nævi opinionem.

Qv. XVI. *An hodieque pater peculiotenus conveniatur?*

Distinguendum, an separatam habeat familiam filius, & tunc indubie omnia sibi acquirit, habeturque pro emancipato: Indeque cessat peculium & consequenter hæc quoque actio. Vid. *sup. tit. de tribut. qu. fin. & sup. q. 7.* An vero in familia patris maneat, tunc enim hodieque peculium habet, indeque usus hujus actionis manet. *Hopp. §. 10. Inst. act. Schilt. ad ff. Ex. 27. §. 88. & seq.* Et sic hactenus sententia Lauterbachii, quod hic sit plus difficultatis quam utilitatis, vera non est; Nam in emporiis frequens esse potest materiæ hujus usus.

Laut. pag. 262. verb. Hæc actio hodie plus &c.

Qv. XVII. *Cur pater ex contractu filii peculiotenus obligetur?*

Resp. Ideo, quia pater consentire videtur, dum in genere administrationem peculii, adeoque & negotiationem filio permittit. *Laut. p. 261. ibique Dd.*

Laut. pag. 262. verb. Propter generalem domini &c.

Obj. *L. 29. §. 1. l. 47. pr. h.* Ubi actio hæc etiam contra patrem prohibentem datur.

Resp. Nuda prohibitio patris non facit cessare actionem, nisi & adimat peculium; nam uti traditione constituitur peculium, sic jura & effectus peculii non tolluntur, nisi actuali ademtione. *arg. l. 35. R. J.*

Qv. XVIII. *An actio de peculio etiam ex delicto filii detur?*

Laut ibid. verb Nec ex delicto &c.

Neg. Nam administrandi quidem, non vero delinquendi facultatem pater filio concessit.

Obj.

OBJ. *l. 3. §. 11. & seq. h.* Ubi pater ex delicto filii tenetur.

RESP. in *d. l. 3. §. 11.* agitur de actione ex delicto, quæ per litis contestationem & subsecutam sententiam novata est, adeoque ubi filius ex judicato obligatur, hæc actio judicati etiam contra patrem peculiotenus datur, & pater ibi tenetur non tanquam ex delicto, sed tanquam ex quasi contractu. In §. 12. agitur de casu, ubi peculium ex furto locupletius factum est; pater ergo eatenus quoque tenetur.

LIB. XV. TIT. II.

QUANDO DE PECULIO ACTIO ANNALIS EST.

QV. I. *Quænam sit ratio hujus tituli?*

RESP. Quia sublata patria potestate ipso jure tollitur peculium, in potestate patris esset, uno momento totam hanc obligationem, quæ jure civili cum peculio cessabat, exstinguere, dimittendo filium a patria potestate: Quia vero hoc valde iniquum esset, ignorantibus creditoribus adhuc datur annus, intra quem de peculio contra patrem agere possunt. *L. 1. h.* Quod beneficium hodie quoque obtinet. Vid. *tit. præced. q. 15.*

LIB. XV. TIT. III.

DE IN REM VERSO.

QV. I. *An sufficiat in rem patris vel domini versum, etsi postea utilitas pereat?*

Laut. pag. 263. verb. Sed casu perierit &c.

AFFIRM. Quia semel utiliter impensum est, quæ utilitas perit domino: Versum enim intelligitur, quicquid gestum paratumque est, quod rebus alterius conducere videbatur, etsi utilitas nata & sperata casu intercidat *L. 3. §. 3. seq. h.* Est enim natura & origo negotii inspicienda, non casus forte superveniens. *L. 4. Si mens. fals.*

OBJ. *L. 10. §. 6.* verb. *duret versum &c. h. tit.*

RESP.

RESP. Si ſua natura perpetuum eſt, & ex facto caſus aliquis fortuitus, qui præcaveri non potuit, utilitatem tollit, tum verſum videtur, etiam ratione durationis; quia res perit ei, in cujus negotium ſemel verſum fuit: Male vero diſtinguitur in durationem reſpectu rei vel perſonæ.

LIB. XV. TIT. IV.

QUOD JUSSU.

QV. I. *An filiusfamilias juſſu patris contrahens directa actione ex contractu deſcendente conveniri poſſit?*

AFFIRM. *L. 3. §. 4. ff. Min.*

Laut.pag. 265. verb. *Ipſe quoque filiusf.*

OBJ. *L. 4. C. Quod cum eo.*

RESP. Ibi filius non contraxit juſſu patris, ſed ipſe pater, & filio ſaltem ſolutio facta eſt.

QV. II. *An cum hac actione concurrat quandoque actio de peculio, & de in rem verſo?*

AFFIRMATUR: Sed elective, uti omnes hæ qualitates actionum. §. 5. *Quod cum eo. L. 4. §. 5. Eod. l. 9. §. 1. de tribut. act.* Indeque una electa altera tollitur: Stultus enim dicitur, qui omiſſa actione, qua facile ſolidum ex contractu conſequi poteſt, reliquas eligit. *dd. ll.* Accedit quod Prætor id quoque caveat, ne in infinitum lites cumulentur. *dd. ll.*

Laut.ibid. verb. *Cum hac actione quandoque concurrit &c.*

EXC. (1) Si deceptus de peculio agat. *d. l. 4. §. 5.* (2) Si proteſtatus fuerit. *L. 1. §. 4. Quod leg.*

OBJ. §. 4. *Quod cum eo &c.* Ubi actio de peculio & de in rem verſo una actio dicitur.

Male hic RESPONDENT Doctores, id inde eſſe, quia invicem cumulari poſſunt. Dic potius unam actionem principalem eſſe, cui utraque qualitas accedit, & ex unaquaque diverſa eſt condemnatio. *d. §. 4.*

NOT. Reliquæ duæ actiones, ſcilicet de peculio, & de in rem verſo, inter ſe cumulative concurrunt; Atque hinc ſi creditor actionem inſtituit ratione 100. ex quibus 50. in rem patris verſa ſunt, actione de in re verſo tantum 50. cætera

cætera actione de peculio repetere poteſt; Hæ enim actiones rem ſequuntur indeque cumulative concurrunt. *§. 4. de in rem verſo*; actio quod juſſu autem ſequitur perſonam. Conf. *tit. de Oblig. & act. ibique q. fin.*

LIB. XVI. TIT. I.

AD SCTUM VELLEJANUM.

Q. I. *An beneficium SCti Vellejani ſit perſonale?*

Laut. pag. 265. verb. *perſonale &c.*

Ita putat *Laut. pag. 265* at rectius reale dici probavi *tit. de Conſt. princ. q. 3.*

Qv. II. *Quotnam fœminæ pro alio intercedenti conceſſa ſint beneficia?*

RESP Sex. (1) Beneficium *SCti Vellejani:* Quo ſuccurritur fœminæ, quæ per imprudentiam pro alio apud alium in inſtrumento publico intercedit: *Laut. h.* nam creditor ex tali interceſſione agens repellitur exceptione SCti Vellej. *L. 8. L. 20. C. h.* (2) Si intercedat in inſtrumento privato, interceſſio eſt ipſo jure nulla, nec opus eſt illa exceptione. *Laut. p. 266.* Quod eſt beneficium. *L. 23. C. h.* (3) Beneficium *Authenticae ſive a me C. h* Quo uxori etiam pro marito intercedenti ſuccurritur, at tantum in bonis immobilibus antenuptialibus, (nam in dote jam ante id erat conſtitutum ex Lege Julia. Vid *tit. de fundo dotali. Nov. 61. c. 1. in f*) ita ut ſi ea pro marito ſe obliget, negotium ſit ipſo jure nullum: *d. Auth.* quia mariti deceptionibus ſeducta videtur. Niſi biennio poſt obligationem confirmet, & præterea aliæ res viro ſint, ex quibus uxori conſuli poſſit. *Nov. 61. c. 1.*

At cum hoc ipſo uxori liberum fuit res mobiles antenuptiales, & dotales, quin & receptitias obligare pro marito, hoc quoque (4) prohibitum fuit, & in genere omnis obligatio propriæ ſubſtantiæ, ſive ſit res mobilis, ſive immobilis, interdicta uxori fuit; quod eſt beneficium *auth. ſi qua mulier C. h.* & ex eadem præſumtione datum eſt, quod metu & blanditiis mariti ſeducta videatur uxor.

Sed & porro ſæpius contingit, creditores ſcientes mulierem intercedendo pro marito non obligari, neglecto marito cum ipſa uxore principaliter contrahere, adeo ut ipſa ſe, ſuamque perſonam omniaque bona, obliget, hoc caſu (5) itidem uxori ſuccurritur, & talis obligatio ipſo jure nulla declaratur atque in fraudem illius beneficii contracta videtur: Niſi in utilitatem uxoris pecunia verſa

verſa probetur. *Laut. pag. 266. pr.* Vid. *infra q. 5.* Denique (6) ex eadem authentica conſtitutum apparet, nec iteratam renunciationem uxoris interceſſionem confirmare, *d. Auth* quo ipſo *authentica ſive a me* correcta & immutata eſt.

Atque hinc jam apparet, quomodo differat beneficium *authenticæ ſive a me* ab eo quod in *authentica ſi qua mulier* conceditur; ſcilicet *illud* locum habet in obligatione rerum immobilium antenuptialium & dotalium: *hoc* vero diſpoſitionem Novellæ 61. corrigit, extendit, & auget, indeque locum habet in omnibus bonis, etiam mobilibus, & receptitiis. Aliam differentiam ſtatuit *Brunnemanus*, & putat *prius* beneficium ceſſare, ſi renunciatio elapſo biennio reiterata fuerit, non vero *poſterius*; *Brunn. ad auth. ſi qua mul. n. 4.* de quo tamen merito dubito, & neutrum iterata renunciatione tolli puto; quia beneficium *authenticæ ſi qua mulier* eſt ſaltem explicatio, & extenſio beneficii in *authentica ſive a me* conſtituti; nam hoc tantum obligationes rerum immobilium antenuptialium nullas reddebat, quod in *Nov. 134. c. 8.* & inde deſumta *authentica ſi qua mulier etc.* corrigitur, & ad omnia uxoris bona extenditur. Cum ergo Novella 134. ſit correctoria, & circa interceſſiones mulierum pro marito noviter diſponat, ut nec reiterata renunciatio obligationem confirmet, hoc de utroque caſu, adeoque & in obligatione rerum antenuptialium, verum erit.

Qv. III. *An fœminæ illuſtres utantur beneficio hujus SCti?*

NEGATUR: *Laut. h. pr. ibique Dd. Struv. §. f. h. ibique Dd.* Nam in his fœminis ceſſat imprudentia, utpote cum ſuos conſiliarios & juſtitiarios habeant: Atque ita reſponſum refert *Struv. d. l.* Conf. *Carpz. p. 2. c. 25. def. 9.*

Laut. pag. 265. verb. Quidam tamen excipiunt.

DISSENTIT *Laut. Ex. 28. Concl. 10.* Neque negari poteſt, exempla occurrere, ubi fœminæ illuſtres, quæ tutrices legitimæ erant, huic SCto renunciarunt, & quidem jurato; uti de quadam Baroniſſa & Duciſſa refert *Eiben. de tut. fœm. Membr. 2. th. 3. & 17. Müller. ad Struv. d l. lit.* In dubia ergo praxi tutius, & ad majorem eorum, qui cum tali fœmina tutrice contrahunt, ſecuritatem, renunciatio adhiberi poteſt.

OBJ. *arg. L. 1. h.*

RESP. Imo talis fœmina & officii publici, ſcilicet jurisdictionis, capax eſt, indeque tota ratio ceſſat.

Qv. IV. *An exceptio SCti Vellejani etiam contra fœminas detur?*

AFFIRM. (1) *arg. l. 1. pr. h.* quæ generaliter loquitur, (2) per *l. 5. C.* ibi: *ſciente creditrice &c. h. t.*

Laut. pag. 265. verb. Maſculos vel fœminas &c.

OBJ. Quod ſit æque privilegiata.

Resp. Falsum: Nam fœmina non est privilegiata nisi in intercessionibus.

Qv. V. *Si mulier dissimulans intercessionem principaliter se obligavit, an nihilominus ipsi exceptio SCti detur, si creditor id sciat?*

Laut. ibid. verb. *modo sciant &c.*

Affirm. Quia creditor sciens mulierem dissimulare a se ipso deceptus videtur, & sic mulier decepisse non intelligitur. *L. 11. C. de distractione pignorum.* nec illa potest dici ignorantiam creditoris circumscripsisse, ut dicitur in *d. l. 11.* nec ipse creditor deceptus, quia scivit. *L. 18. C. h.* Scienti enim non fit injuria. Accedit textus expressus in *l. 12.* junct. *l. 11. h.* ubi a regula, quod fœminæ decipienti non succurratur, excipitur casus si creditor scivit: Sed & creditori saltem succurritur replicatione doli, *l. 6. h. l. 18. C. h.* quam non habet, si ipse scivit, si enim uterque æque in culpa est, succurritur reo magis quam actori. Conf. *L. 29.* ibi: *Si creditor, cum contrahere vellet cum hæredibus Lucii Titii, evitatis his magis mulierem ream elegit & in ipsius persona SCto, quod de intercessionibus factum est, locum esse.*

Secus ergo est, si uxor bona fide, ab initio, in usus suos contrahat, nec creditor sciat, quid illa actura sit, & in quem finem mutuo acceperit. *L. 4. pr. l. 11. l. 27. ff. h.*

Obj. (1) *L. 5. C. h.* ibi: *Quod si patientiam præstitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem & ideo tibi non succurretur SCto.*

Resp. Ibi duo sunt casus. (1) Si uxor intercessit sciente creditore. (2) Si dissimulavit intercessionem: in priori casu scivit creditor, indeque locum habet exceptio SCti Vellej. At posteriori casu non additur scivisse creditorem, potius igitur supponendum ibi est, creditorem ignorasse, & marito mentienti credidisse, tunc enim deceptus est, totaque exceptio SC. Vellejani cessat.

Obj. (2) Quod non succurratur mulieri decipienti, sed deceptæ. *L. 2. §. 2. h.*

Resp. Non decipit scientem. *L. 18. C. h.*

Insto, Non tamen est decepta.

Resp. Imo est decepta per intercessionem, quæ ex imprudentia fit: sed & licet non sit decepta, ipso jure tamen effectum habet exceptio; creditor enim, quando fœmina opponit exceptionem SCti, non poterit de dolo replicare, quia ipse quoque dolo fecit.

Obj.

OBJ. (3) *L. 13. C. h.* ibi: *decreto patrum non adjudicari, licet creditor causam contractus non ignoraverit.*

RESP. Ibi mulier accepit, ut in mariti rem verteret, eique donaret, actuque donavit, hanc ergo causam contractus, etsi creditor sciverit, tamen cessat SCtum, quia sciebat quoque, SCtum non pertinere ad eum casum, quando mulier alii donare volebat. *L. 4. ff. l. 4. in f. C. h. l. 12. & 21. §. 1. ff. h.* Aliud ergo est, cum mulier accipit mutuum, ut alii iterum mutuo daret, & sic regressum habeat; tunc enim locum habet SCtum. *L. 4. pr. l. 11. l. 27. h.* Aliud, cum ita, ut in rem mariti vertat, eique donet, nec ut repetat; Male ergo quidam in *d. l. 13.* pro *juxta fidem veri*, legunt, *viri.*

QV. VI. *An uxor teneatur, si cum marito in uno instrumento tanquam correa debendi se principaliter obligaverit?*

Laut. pag. 266. verb. Nec tenetur uxor &c.

RESP. Talis obligatio valet quidem quoad maritum, non vero quoad uxorem. *Auth. Si qua mulier C. h. Nov. 134. c. 8. Gail. L. 2. O. 89. n. 1.* Nam fœmina hæc non ultro, sed ex metu reverentiali contraxisse videtur, idque leges præsumunt, donec probetur contrarium. Atque ita judicatum refert *Gail. d. l. n. 1.* & varia præjudicia allegat *Laut. h. p. 266. in pr.*

EXC. (1) Nisi manifeste probetur, pecuniam in propriam uxoris utilitatem versam esse, *Laut. d. l.* quod præsumitur, si ipsa accepit pecuniam. *Goth. ad dict. Auth. lit. K. Gail. d. O. n. 2.* (2) Nisi mercatoris uxor sit. *Goth. ad d. auth. lit. K. & L. & ad dict. Nov. c. 8. Gail. 2. O. 90.* (3) Nisi statuto aliud sit receptum. *Goth. ad d. c. 8.* (4) Nisi uxor post biennium confirmaverit, *Goth. ibid.* quod tamen per *Nov. 134. c. 8.* sublatum est. (5) Nisi ad communem familiæ sustentationem acceperit. *Berl. p. 2. c. 9. n. 82.* Vel (6) uxor hæres mariti existat. *Mev. p. 7. dec. 229. Dn. Stryk. in not. ad h. t.* Idem est (7) si uxor animo donandi interveniat. *L. 13. C. h.* Aut (8) intercessionem juramento confirmet, de quo plene agit *Laut. p. 268. & seq.* (9) Alias exceptiones vid. *infr. q. 10.*

QV. VII. *An SCti Vellejani exceptio tantum actionem, an vero ipsam obligationem tollat?*

Laut. pag. 267. verb. SCtum Vellej. intercessiones &c.

Posterius AFFIRMATUR: Atque hinc solutum tanquam indebitum condici potest. *L. 40. pr. de Cond. ind.* Nam propter imprudentiam fœminarum jus Civile totam hanc obligationem reprobat, eamque perpetua exceptione tollit. Vide *supra tit. de Cond. ind. q. 6. in fine.*

Atqui ex SCto Maced. etiam datur exceptio perpetua contra creditorem, &

& tamen ipſa obligatio non tollitur, ſed manet debitum indeque ſolutum non condicitur. *d. q. 6.*

RESP. In filioſ. ſingulare eſt, quod exceptio illa in odium & pœnam actoris fœneratoris ſtatuta ſit, adeoque ſolam actionem, non vero debitum, ejusque effectus, tollit. *d. l. 40. l. 9. ʃ. p. SC. Maced.* inprimis cum pœnæ ſint ſtricti juris. *dict. q. 6.* Conf. *L. 14. tit. 6. q. 7.*

Qv. VIII. *Cur SCtum Vellejanum tantum ope exceptionis tollat obligationem?*

Laut. ibid. verb. *SCta actionem &c.*

RESP. Putant Doctores id ideo factum, quia SCtum legem tollere non potuit; Sed male. Nam SCtum uti legem condendi, ſic & eam obrogandi, facultatem habuit. Vid. *ʃ. 5. Inſt. J. N. G. & C.* At vera ratio eſt, quia ſenatus non facile ſolet jus ſemel conſtitutum tollere, propter nimios abuſus, & confuſiones inde ſequentes; de quibus alibi.

Qv. IX. *An SCti Vellejani exceptio detur fidejuſſoribus, qui regreſſum contra uxorem non habent?*

Laut. pag. 267. in fin. verb. *Licet regreſſum &c.*

AFFIRM. Quia ipſa obligatio per exceptionem SCti Vellejani tollitur, deficiente autem obligatione principali ceſſat quoque acceſſoria, *L. 8. §. 4. L. 16. §. f. h. L. 4. l. 15. C. h. L. 7. ʃ. 1. de Exc.* Atque hinc apparet, aliud eſſe in SCto Macedoniano, ubi actio tantum in pœnam creditoris tollitur, indeque debitum naturale manet, *L. 10. ff. SC. Maced.* cui proinde fidejuſſor accedere poteſt.

Qv. X. *An, cum mas & mulier ſimul intercedunt pro alio, mas in ſolidum obligetur?*

Laut. pag. 268. verb. *Non etiam Confidejuſſori etc.*

AFFIRM. Tum quia ſubducitur perſona mulieris, quam mas ſciebat obligari non poſſe; tum quia correi ſunt, quorum altero ſubducto, alter reſtat ſolus: *Auth. ſi qua mulier C. h. N. 134. c. 8. Laut. pag. 268. pr.*

EXC. (1) Si in partes ſaltem ſe obligarunt, ut in *L. 8. C. h.* tunc enim in id, in quod ſe obligarunt, tenentur. (2) Quando mas & fœmina antea duo rei fuere, id eſt ſimul aliquid ex cauſa licita & valide debuerunt, & loco hujus creditoris apud alium, cui forte debet, intercedunt, tunc enim non novum debitum a muliere contrahitur, ſed perſona creditoris ſaltem mutatur: adeoque tantum tenetur pro parte. *L. 17. §. f. L. 18. h. Laut. pag. 268.* alias exceptiones vide *ſupra q. 6.*

Qv. XI. *An valide obligetur fœmina, quæ post biennium se iterato pro marito obligat?*

NEGATUR. Nam tunc imprudentia quidem cessat, nec hactenus ei succurritur, at ratio a metu reverentiali desumta durat, nam eodem metu renunciat, quo intercedit. *Auth. Si qua mulier. C. h. s. Nov. 134. c. 8.*

Laut. ibid. verb. *Non etiam pro marito etc.*

OBJ. *Nov. 61. c. 1.*

RESP. Hujus Novellæ beneficium postea a Justiniano correctum & auctum est, in *Nov. 134. c. 8.* quo diserte statutum invenitur, ut nec iterata renunciatio obligationem confirmet. vide *supra q. 1.*

Qv. XII. *An cesset SCtum Vellejanum, si mulier, de vi SCti edocta, eidem renunciaverit?*

AFFIRM. Est enim favor privatus, cui renunciare potest; edoceri autem debet, quia ignorantia juris excusat, nam potest, & præsumitur, jura ignorare: *Laut. p. 268. in f. Ungepaur. D. 15. quæst. 8. Fact. L. 2. c. 60.*

Laut. pag. 268. in fin. verb. (5) *Si de jure &c.*

EXC. Si jurato renunciet, tunc enim etsi edocta non fuerit, cessat SCtum; quia omne juramentum, quod sine vitio est, observari debet. *Laut. p. 269. pr. Gail. L. 2. O. 77. n. 9. Müller. ad Struv. h. t. §. 11. lit. ε.*

DISS. *Berlich. p. 2. c. 19. n. 36.*

INSTO, Ignorantiam excludere consensum.

RESP. Non erravit in eo, quod cum effectu obligari voluerit.

Atque hæc omnia ita praxi obtinere, late probant præjudicia apud *Laut. dd. ll.* etsi dissentiat *Dn. Stryk. de C. C. S. 2. c. 6. §. 4.* & alii apud *Müll. d. l.*

Qv. XIII. *An ea, quæ jurato renunciat SCto Vellejano, etiam beneficio* Authenticæ *sive a me*, & Authenticæ *si qua mulier renunciasse videatur?*

NEGATUR. Quia diversa sunt remedia. Illud enim (1) opponitur per modum exceptionis, his vero negotium ipso jure nullum dicitur, uno remedio ergo per renunciationem rejecto, reliqua non videntur rejecta, inprimis cum renunciationes sint stricti juris. (2) Oriuntur ex diversis causis, prius ex imprudentia, reliqua ex metu reverentiali. (3) Differunt objecto, illud enim tantum de intercessionibus, Authentica *sive a me* & Authentica *si qua mulier* de omnibus contractibus loquitur: Optime ita rem decidit *Sand. L. 3. t. 11. def. 4. Mev. p. 6. dec. 22. n. 4.* aliique apud *Müller. ad Struv. h. §. 11. lit. δ.*

DISSEN-

DISSENTIT *Struv. h. §. 11. ibique Dd.* qui vero loqui videntur de jurata renunciatione omnium beneficiorum mulieribus lege concessis, *Müller. d.l.* non vero de speciali renunciatione beneficii ex SCto Vellejano competentis, *Berlich. p. 2. c. 19. n. 35.*

QV. XIV. *An in privato instrumento renunciare liceat SCto?*

AFFIRM. Nam uti partes de suo jure disponunt, ita jus est.

OBJ. *L. 23. C. h.* Ubi intercessio mulieris in privato instrumento facta dicitur ipso jure nulla.

RESP. Intercessio quidem in instrumento privato facta non valet, at si illa in instrumento publico rite facta fuit, in privato exceptioni SCti valide renunciari poterit.

NOT. Fœmina quæ renunciat SCto Vellejano, etiam consequenter beneficio hujus legis 23. renunciat, utpote quod ejus pars est.

QV. XV. *An cesset SCtum Vellejanum, si mulier communem negotiationem exercet?*

AFFIRM. Quia profitetur peritiam: Non autem intelligitur communem negotiationem exercere, si merces vendat e taberna, & curam gerat rerum; hoc enim jure domesticæ societatis, quæ semper est inter conjuges, agit. *L. 1. pr. Rer. amot.* In dubio igitur uxor rem domesticam curare, vel operam marito præstare, non vero communem negotiationem exercere intelligitur: Sed & porro mariti negotium videtur, etsi maritus merces ex bonis dotalibus vel aliis comparaverit, quia inspicitur quis comparaverit, non qua pecunia *L. 7. C. Si cert. pet.* Atque ita in curia Halberstadiensi judicatum in causa Isermanns contra Erschell, und dessen Ehefrau: Tantum ergo communem negotiationem exercere videtur tunc, cum in specie conventio inita, vel alias animus communem negotiationem exercendi probetur. Ita quoque JCtos Francofurtenses respondisse memini.

LIB. XVI. TIT. II.

DE COMPENSATIONIBVS.

Laut. pag. 270. verb. Secus est si tempore &c.

QV. I. *An compensatio locum habeat, si, cum tempore juramenti jam adfuerit debitum mutuum, juravit debitor se soluturum?*

AFFIRM. Solvit enim revera qui compensat. *L. 76. V. S.* Quin ex ratione juris gentium creditori, cui compensatio opponi potest, nihil debetur, quia

quia id quod viciſſim debet, æs alienum eſt, & jure gentium extra bona ejus eſſe creditur: Si proinde creditor 4000 in bonis habet. & ex iis 3000 debet Titio, qui tantum 2000. actu in bonis habet, bona hujus revera & jure gentium ſunt 5000. illius vero ſaltem 1000. Nam cum creditor ille 3000. plus ſuo habeat, tenetur ſuo debitori, cui viciſſim debet, illa reſtituere, quæ reſtitutio per compenſationem facta videtur: Idque inter mercatores admodum uſitatum eſt, & hoc appellant ſaldo: Sed JCti qui in perſonam potius agunt, actiones ipſo jure ſubſiſtere ſtatuunt, & compenſationis demum exceptione tolli volunt.

Exc. Niſi excludendæ compenſationis cauſa juratum appareat, forte ſi creditor ideo exegit jusjurandum, quod metuerat compenſationem.

Obj. Quod non opus fuiſſet jurato promittere ſolutionem, ſi illa compenſatione ipſo jure jam facta fuiſſet; non enim poteſt promitti ſolutio quæ jam facta eſt.

Resp. Forte de mutuo debito non cogitavit jurans, vel id ignoratum vel ſaltem incertum fuit. Si enim de eo certo conſtat, juramentum excludendæ compenſationis cauſa acceſſiſſe videtur.

Dissentiunt *Dn comm.* vid. *Fach. Controv. 1. c. 7. Cacher. dec. 29. per tot.* & *Laut. pr. h.* nec negari poteſt pleraque præjudicia in contrarium eſſe. *Laut. ibid.*

Qv. II. *An in alimentis futuris locum habeat compenſatio?*

Affirmat. Nam prohibetur hæc compenſatio tantum in alimentis, quæ publicis corporibus debentur, ut Xenodochiis; &c. *L. 3. C. h. L. 122. de leg. 1.* privilegia autem, inprimis quæ in præjudicium tertii tendunt, potius reſtringenda ſunt, quam extendenda.

Laut. pag. 271. verb. *Quod Dd. ad omnia alimenta &c.*

Obj. *l. 8. ff. alim. leg.*

Resp. Nihil aliud ibi dicitur, quam quod cura & præſtatio alimentorum momentanea eſſe debeat; Hæc vero cura ceſſat, ſi obligatio per compenſationem eſt exſtincta. *Carpzovius* quoque in allegata *p. 1. c. 8. def. 9.* loquitur tantum de alimentis publicis.

Qv. III. *An reus compenſare poſſit quod debetur fidejuſſori, vel contra?*

Resp. Reus non compenſat quod actor debet fidejuſſori: Neque enim quod fidejuſſori debetur, reo quoque debetur, etſi quod reus debet, idem fidejuſſor quoque debeat; nam unum debitum quidem eſt ex appromiſſione, ſed non unum creditum. *Laut. p. 271.*

Laut. pag. 271. verb. *vel debitor principalis &c.*

At fidejussor conventus compensare potest id quod vel *sibi*, vel *reo*, vel *utrique* ab actore debetur. *L. 4. l. 5. h.* Si enim *sibi* debetur, tunc liberat reum & se ipsum, & regressum contra reum habet, ac si solvisset. Si *reo* debetur, compensat fidejussor non quasi sibi debitum, sed quia actione inter actorem & reum principalem compensatione exstincta, necessario etiam exstinguitur actio contra fidejussorem. *L. 4. h.* Ergo fidejussor conventus, si compensat cum actore id quod reo debetur, non compensationem propriam, sed factam ipsa potestate juris cum reo allegat, nec dicit, compensare mecum debes, sed actio tua nulla est, quia compensatione cum reo facta exstincta est, ergo & ego liberatus sum. Idem quoque & multo magis verum est, si *utrique* debetur.

OBST. Quod fidejussor pro alio debeat: compensatio autem tantum est inter mutuos debitores.

RESP. Immo fidejussor debet pro se, & suo nomine, suoque periculo, sed non principaliter.

QV. IV. *An pupillus conventus compenset quod debetur tutori vel contra?*

Laut. pag. 271. verb. *aut debeat pupillus &c.*

NEGATUR: Neque enim pro pupillo debet tutor, neque id sibi debetur, adeoque mutuum debitum non est. *l. 23. h.* Et sic e contrario tutor conventus non compensat quod pupillo debetur; Neque enim sibi debetur, nec pupillus pro tutore debet. *d. l.* At nomine pupilli conventus potest quod pupillo, non vero quod sibi ab actore debetur, (quia ipse non est actoris debitor) compensare.

INSTO: Quod tamen pro pupillo solvere possit, ergo & compensare.

RESP. Compensatio quæ potestate juris, non ex consensu, obligationem invicem tollit, non valet nisi inter obligationes mutuas. *L. 18. §. 1. h. l. 9. C. h.*

INSTO porro, tutor tenetur solvere quod pupillus debet.

RESP. Si tamen forte pupillus non possit, id tutori nocere non debet: Sed si possit, tutor dolose moram faciens poterit exceptione doli repelli, & hactenus æquitas quædam subest, quam allegant Doctores apud *Laut. p. 271. Carpz. p. 1. c. 8. d. 7. n. 6. ibique Fab. C. L. 4. tit. 23. def. 8. n. 6.* at in genere jus civile in praxi mutatum non apparet.

QV. V. *An procurator compensare possit, quod domino debetur?*

Laut. pag. 271. verb. *Procurator vero &c.*

RESP. Procurator *in rem alienam*, conventus nomine domini tantum compensat quod domino debetur, non quod sibi, cum non sit debitor. *d. l. 9. C h.* Et reus a procuratore conventus nomine domini, compensat tantum quod dominus,

minus, non quod procurator, debet. At procurator *in rem suam*, cui cessa est actio, potest conventus compensare quod sibi, vel domino, debitum, & sibi cessum est, (non vero quod alias cedenti debitum.) *Brunn. ad l. 9. C. h. t.*

INSTO. Quod mandatum procuratoris in rem suam revocari possit: indeque is verus creditor non sit.

RESP. Non potest revocari mandatum, ex quo cessionarius conventus compensat, non magis quam si actu actionem cessam instituerit debitumque exegerit, *d. l. 55.* Cum enim cessione verus creditor factus sit, compensare quoque cum effectu potest: Ante autem (scilicet quam cessionarius egit, vel litem contestatus est, *L. 18. h.* vel denunciavit debitori ut solvat, *L. 3. C. Nov.* vel jam aliquid accepit, *d. l. 3.*) revocare dominus mandatum suum, re quippe integra, & ipse agere potest; *L. 29. proc.* adeoque si dominus jam agat, cessionarius non magis compensare potest, quam agere.

Agente autem cessionario semper potest compensari, & quod ipse debet, quia debitor est, &, si ex cessione agat, etiam quod dominus cedens debebat; quia si cedens quoque reo debuit, actio inter eos ipso jure sublata fuit: Non potuit ergo plus juris alteri cedi quam ipse habuit; Hoc igitur casu cessionario non opponitur propria compensatio ratione ejus quod ipse debet, sed alia, ratione ejus quod cedens debet, & quæ ipsa potestate juris facta est, quaque debitum cessum vi legis exstinctum videtur, ut sic agi ex eo non possit: Non igitur cessionario opponitur quod ipse debeat, sed quod cedens debeat vicissim, eoque debitum illud cessum jam compensatione exstinctum sit. Neque reus excipit compensando, tu debes, sed actionem non habes ex cessione, quia compensatione cum cedente exstincta est: Atque hanc sententiam plurimis autoritatibus & præjudiciis confirmat *Laut. p. 272. pr.*

Qv. VI. *An, si cessio facta sit ex causa necessaria, compensatio quæ obstabat domino, obstet etiam cessionario?*

AFFIRM. Eadem enim ratio manet, & effectu cessionarius suum accepit cedens. *vid. q. præced. & Brun. ad l. 9. h.*

Laut. pag. 272. verb. sive cessio facta sit ex causa onerosa &c.

OBJ. *L. 33. §. f. & l. 34. ff. procur.* Ubi procurator, cui ex necessitate cessum est, dominum non tenetur defendere in reconventione.

RESP. Hoc verum, sed inde non sequitur compensari non posse; ibi enim ipso jure jam sublata est obligatio, idque per compensationem saltem allegatur: Neque hæc compensatio ad reconventionem pertinet.

Qv. VII. *An correus compensare possit quod correo debetur?*

Laut. ibid. verb. Quid in correis obtineat &c.

RESP. Vel sunt correi debendi, vel credendi: *Illo* casu si creditor correum debendi, cui ipse quoque debet, convenit, recte exceptione compensationis repelletur; si alterum correum, cui nihil vicissim debet, non repellitur, nam illo, non hoc casu mutuum debitum est. *l. 10. ff. Duob. reis.* *Hoc* casu, si is agit, qui vicissim debet, debitor compensat, eoque & a correo quasi solutione liberatur: si vero alter agit, qui non vicissim debet, reus solvere tenetur, nec compensare potest, ex eadem ratione.

EXC. Si socii sint, *d. l. 10.* nam tunc communicatur lucrum & damnum inter socios; & sic etiam illo casu, ubi is, qui non vicissim debet, agit, vel si is, cui non vicissim debetur, convenitur, compensatio locum habet. *d. l. 10.* Conf. *tit. de pact. q. 7. & 8.*

OBJ. Quod compensatio pro solutione sit, qua totum debitum, etiam correorum tollitur.

RESP. Est pro solutione inter solos debitores & creditores mutuos, si enim alteri non debitori mutuo opponeretur compensatio, revera plus suo haberet: Sed & porro compensatio non est nisi allegata & opposita, quid si ergo correus cui vicissim debetur, eam allegare nolit? Sane eo invito correus compensare nequit.

Qv. VIII. *An species pro quantitate compensari possit?*

Laut. pag. 273. verb. Non etiam species etc.

NEGATUR: Quia non est absoluta æqualitas.

EXC. Si talis sit species, quæ ut quantitas quoque considerari potest, Vid. *q. seq.*

OBJ. (1) *L. 1. §. p. si pars hær.*

RESP. Non loquitur de compensatione quæ instar solutionis est, sed in genere, quoties loco ejus, quod peto, aliud accipio; indeque loquitur de impropria, qua judex ex æquo & bono compensat.

OBJ. (2) *L. 22. h.*

RESP. Sensus est, quod si quis debet 10. millia aut hominem, utrum adversarius volet, non semper sit compensatio, sed declarare debeat, an velit quantitatem an hominem, adeo, ut sit compensatio, si quantitatem, non si rem eligat.

Qv. IX. *An nummi qui in arca ſunt talis ſint ſpecies quæ compenſari non poſſit?*

Putat Autor hos quoque nummos talem ſpeciem eſſe quæ compenſari non poſſit: *p. 273.* Sed rectius id negatur cum Ultramontanis. Etſi enim ſpecies ſint, tamen compenſatio fieri poteſt, quia debitum hic æquale eſt: cer-taque æſtimatio iſtorum nummorum, eodem modo ut in quantitate. Nec ulla iniquitas metuenda, quia in poteſtate actoris eſt oblato debito evitare compen-ſationem, & recipere rem vel in arca vel apud Titium depoſitam, eo enim ſo-luto, aut depoſito, liberatur actor, ſolusque reus obligatus manet, & ad re-ſtituendum compelli poteſt.

Laut. pag. 273. verb. Species etiam ſunt &c.

INSTO. Atqui in depoſito non valet compenſatio, ergo nec in nummis in arca depoſitis.

RESP. Verum ſi corpus eſt in obligatione, non ſi quantitas ut corpus, tunc enim adeſt æqualitas.

INSTO porro: Quod in depoſito eadem res, non alia, reſtitui debeat.

RESP. (1) Facto hominis alia res reſtitui nequit, compenſatio autem fit a lege, ubi ſufficit æqualitas.

RESP. (2) Cur non ſolvit actori? Sed & (3) non eſt alia res ſi fungibi-lis ſit, uti nummi.

INSTO denique, Nummos illos continere pretium affectionis, adeoque non eſſe æqualitatem.

RESP. Imo hic non inſpicitur pretium affectionis, ſed ſufficit æquali-tas in eodem genere: Sed & poteſt evitare compenſationem ſolvendo, quod ſi non facit, ſibi imputare debet.

DISSENTIUNT Dd. comm. vid. *Laut. p. 273. pr.*

Qv. X. *Quale debitum compenſari poſſit?*

RESP. Debitum vel mixtum, vel ſaltem naturale: quia non opus hic eſt actione: Sic pater conventus pro filio tantum de peculio tenetur, at ſi con-tra creditorem peculiarem, qui forte ipſe patri debet, agat, is compenſat in ſolidum *L. 9. h. t.* Sic & creditor contra debitoris ſui debitorem non agit, conventus vero ab eo compenſat in ſolidum, quod debitori ſuo debet, etſi non creditori. *L. 10. de duob. reis. l. 11. C. h.*

Laut. pag. 273. verb. (5) Debitis &c.

In genere vero quid hic pro debito, quid pro indebito haberi debeat, di-ctum eſt ſupra *tit. de Cond. ind. q. 6.*

Qv. XI. *An compensatio opponi possit vero debitori injuria judicis absoluto?*

Laut pag. 273. verb. Ita compensat verus debitor &c.

NEGATUR: Quia nec naturale debitum subest, uti pluribus rationibus demonstratum est *sup. tit. de cond. ind. q. 11.*

OBST. *L. 60. de Cond. ind.*

RESP. Ei responsum est *d. q. 11.*

OBJ. *L. 8. §. 1. rem rat. hab.*

RESP. Itidem dictum est *d. q. 11.* ibi debitorem non esse absolutum a debito, sed ab actione a domino instituta, cujus procuratori jam solverat.

Atque hoc ita praxi obtinere ipse testatur *Lauterbachius*, & præjudicium refert ex *Trentacinq. L. 3. de comp. res. 1. n. 2.*

Qv. XII. *An compensetur debitum cum dote?*

Laut. pag. 273. verb. Ex dotis repetitione &c.

AFFIRMATUR. Nam omne debitum ex contractu compensatur.

OBJ. *L. un. §. 5. C. rei Ux. act.* ubi dos a marito ob mutuum forte debitum retineri non potest.

RESP. Aliud est jus compensationis, aliud jus retentionis, illud pro solutione est, non hoc; & cum hoc ob favorem dotis in retentione constitutum sit, ad alia jura extendi non debet.

Qv. XIII. *An delicta ipsa compensari possint?*

Laut. pag. 274. verb. Ex delicto &c.

RESP. Ipsa delicta compensari non posse. Conf. *supra tit. de Postul. q. 5.* Nam hæc sunt jura publica, de quibus privati disponere non possunt: Judici enim jus quæsitum est ratione pœnæ, quod per compensationem ei interverti nequit.

EXCIPE: Si pecuniarie agitur, quid enim obstaret? Atque hinc in *l. 10. §. 2. h.* compensatio fit, sive pœna ex causa furtiva, alioque maleficio petatur, sive res condicatur. Conf. *Laut. p. 274.*

OBJ. (1) *L. 39. sol. matr. & c. ult. X. de adult.* Ubi ipsa crimina compensantur.

RESP. Agitur ibi non de accusatione adulterii, sed de actione civili petendæ dotis, & donationis propter nuptias, adeoque de interesse pecuniario.

Qv. XIV.

Qv. XIV. *An emtor annuorum redituum possit compensare?*

NEGATUR: Sed hujus longe alia causa est: Emtor annuorum redituum est creditor sortis, qui sortem alii dedit, quam conventus a venditore ex alia causa compensare non potest, quia sors illa emtori non est debita; cum redimere non possit, sed ex natura emtionis venditionis perpetuo jus transeat. At venditor, qui tanquam debitor sortis præstat annuos reditus, potest oblata sorte redimere reditus; si proinde emtor & creditor sortis tantundem debet venditori, hic ipso jure desinit debere reditus, si compensare velit, quia jam mutuum & æquale debitum est. Conf. Doctores ab Autore allegatos, & *Struv.* §. *21, h. ibique Müller.*

Laut. pag. 274. verb. Emtor annuorum redituum &c.

Qv. XV. *An audiendus sit ille, qui causam etiam non liquidam initio litis per modum exceptionis opponit?*

RESP. Audiendus quidem est, ita ut non saltem valeat tanquam nuda exceptio, sed tanquam contraria actio & reconventio, quæ per modum exceptionis opponitur, at non valet tanquam compensatio: Quia alterius actio non eliditur eo, quod is mihi quoque debeat, nisi per modum compensationis id fiat, quæ tunc demum obtinet, si liquidum sit debitum. Si igitur reus actioni alterius nihil aliud objicere potest, quam sibi quoque deberi, non potest liquidum illud per illiquidum salva justitia retardari: Atque ita quoque respondit Facultas Viadrina anno 1692. Mens. Nov.

Laut. pag. 275. verb. Audiendus tamen &c.

Qv. XVI. *An compensatione per errorem omissa solutum condici tanquam indebitum possit?*

AFFIRM. Quia qui compensare debitum potest solvisse videtur, adeoque hoc casu nec naturale debitum subest, uti vidimus *supra q. 1.*

EXC. Nisi compensationis beneficium ultro omittat, & actione, quam habet, instituta, id quod sibi vicissim debetur consequi velit.

Laut. pag. 275. verb. Et propter ejusmodi &c.

OBJ. (1) *L. 8. Rer. amot.* * Ubi non condictio indebiti datur, sed actio rerum amotarum.

RESP. (1) Non ibi dicitur, quod maritus per errorem solverit. Neque (2) quod debitum liquidum sit. Neque (3) quod condictio locum non habeat: Sed quod actio rerum amotarum ei, qui, cum compensare possit, solvit, detur: Id autem omnino verum est, si termini ponuntur habiles, forte si non errore solutum, si liquidum non sit &c.

OBJ. (2) *L. 2. h. & §. 20. Inst. Act.* ubi allegari debet compensatio.

RESP.

RESP. (1) Verum hoc est, sed errore omissa allegatio condicitur. (2) Quod ipso jure indebitum est, id per errorem solutum reperi potest; etsi allegatio per eundem errorem omissa sit. (2) Compensatio saltem, ubi judicio agitur, judici ante sententiam allegari debet, non parti extra judicium. *dd. ll.*

QV. XVII. *An allegatio compensationis sit exceptio facti?*

Laut. pag. 276. verb. Allegatio est tantum facti &c.

AFFIRM. Quia jure revera nulla est actio, de facto tamen allegatur.

OBJ. *L. 4. h.* ibi: *ipso jure.*

RESP. Ipso jure tollitur debitum, at allegari tamen debet & hactenus facti est.

QV. XVIII. *An is, qui compensationem opponit, suum debitum fateatur?*

Laut pag. 276. verb. Qui compensationem opponit.

NEGATUR: (1) *arg. l. 8. de Exc. L. 43. l. 156. de R. J. l. 54. de solut.* quia eadem ratio est, quæ in exceptione, hac enim opposita non fatetur debitum, quia plures opponi possunt. *L. 8. de Exc.* (2) Neque qui ex errore unam opposuit, cæteris renunciasse videtur: Et cum (3) is qui solvit per errorem, non fateatur debitum, sed repetere possit, nedum is qui compensat per errorem, repetere poterit.

OBJ. Quod potuerit commodius negare.

RESP. Supponimus compensantem errasse, & ex errore debitum factum esse.

LIB. XVI. TIT. III.

DEPOSITI VEL CONTRA.

QV. I. *An deposita pecunia cum pacto, ut uti liceat, negotium convertatur in mutuum?*

Laut. pag. 277. verb. hoc vero statim dominium &c.

NEGATUR: Sed manet depositum, cum pacto mutui, quod ex natura negotiorum bonæ fidei his inest, & actionem ex ipso contractu producit: uti plene rem discussi *supra de pact. q. 19.* ubi ipsum hoc exemplum depositi cum pacto mutui allegavi.

OBJ.

OBJ. (1) *L. 10. R. C.* (2) *L. 1. §. 8. depos.* (3) *L. 6. l. 7. de Novat.*

RESP. Singulis satisfactum est *d. q. 19. pag. 208.*

EXC. (1) Si alternative conventum est, ut vel custodias rem, vel ea utaris, tunc enim a tua electione, indeque ab eventu, dependet, qualis sit contractus. *d. l. 10.* (2) Si numerata pecunia apud alium ita sit deposita, ut neque obsignata, neque clausa sit, sed adnumeretur; tunc sufficit tantundem restitui, indeque per constitutum possessorium ex deposito fit mutuum. *L. 31. ff. locat.*

Qv. II. *An sequestrum sit an depositum, si unus rem communem simpliciter deponit?*

RESP. Est depositum. *L. 17. pr. h.* Sequestrum enim non nisi a pluribus fieri potest. *L. 6. h.*

Laut. pag. 277. verb. Quale est si res non litig.

OBJ. *d. l. 9. §. 3. de dol. mal.* Ubi si unus deponit, habetur pro sequestro.

RESP. Ibi unus utriusque nomine in solidum deponit: & sic revera plures ibi sunt deponentes.

Qv. III. *An etiam res immobiles in depositum veniant?*

NEGATUR: (1) Quia ex natura depositi custodia tantum venit, quæ proprie est cura asservandæ rei, ne res aufferatur, qualis cura non cadit in res soli, quæ asportari nequeunt: (2) Quia res soli præter custodiam plerumque requirunt curam aliquam, scil. ut ædes fulciantur, agri colantur, &c quæ est administratio & gestio, qualis est in mandato; Mandatum id igitur est, non depositum: Conf. *L. 5. §. 4. Praesc. verb.* (3) Quia demum res deponi dicitur quæ antea in loco non fuit, (id enim ipsa vox depositi indigitat, ex nomine autem hujusmodi negotia æstimantur & ideo contractus nominati dicuntur), ædes autem, agri, &c. de loco ad locum poni nequeunt. *L. 1. pr. h.* Sed & (4) cum domus alicujus curæ committitur, ad id traditio necessaria non est, sed solus consensus, *L. 5. §. 4. praescr. verb.* qui vero in deposito non sufficit, sed ibi præterea traditio requiritur.

Laut. pag. 278. verb. Item immobiles &c.

OBJ. (1) *L. 1. §. 33. Vi & vi arm.* ibi: *si apud eum deposita &c.*

RESP. Loquitur de re mobili, quæ tanquam accessio soli, unde dejectus est, restitui debet, quia tota causa restituitur: Sensus ergo est non, quasi etiam in re deposita interdictum de vi & vi armata, (quod de re immobili datur,) locum habeat, sed quod non tantum possessio fundi dejecto sit restituenda, sed & quæque ibi habuit, &c. sive deposita sive commodata, &c. *d. §. 33.*

OBJ. (2) *L. 3. §. f. Acq. poss.* Ubi prætor, qui mittit in possessionem, custodiam & observationem concedit.

RESP. Quando quis ventris nomine in possessionem mittitur, etiam continentur res mobiles; hinc custodia conceditur ratione mobilium, observatio ratione immobilium. (2) Neque ibi nuda custodia est, sed administratio, adeoque mandatum, uti si rei servandæ causa mittitur, vel si ideo quia damni infecti cavere non vult. *d. l. 3.* (3) Omnino quidem custodia venit, sed in ea non consistit natura contractus. Vid. *q. seq.*

OBJ. (3) *L. 11. ff. peric. & com.* Ubi vendita insula custodia dicitur pertinere ad emtorem, adeoque etiam in rem immobilem custodia cadit.

RESP. Custodia ibi non intelligitur ne auferatur, sed ne vel corruat insula, vel comburatur, adeoque custodia illa infert administrationem; Voce *custodiæ* ergo hic intelligitur generalis cura, ne igne pereat: Dictum enim jam est, quod in aliis quoque negotiis possit venire custodia, sed in ea non consistit natura contractus.*

OBJ. (4) *L. 6. l. 17. h.*

RESP. Loquuntur de sequestro, quod etiam in res immobiles cadit.

Quid vero interest?

RESP. In deposito saltem præstatur culpa lata, in mandato vero & administratione levissima &c.

QV. IV. *An in deposito necessario requiratur, ut custodiæ gratia traditio facta sit?*

Laut. pag. 278. verb. (1) ut res tradita sit &c.

AFFIRM. Principaliter enim venit custodia, *L. 1. pr. h.* & per consequens tantum diligentia; quia tum totum fidei ejus committitur, *d. l. 1. pr.* non potest ei satisfactum videri, nisi & talem diligentiam adhibeat, qualem etiam negligentiores vel ipse in suis rebus adhibere solet. *L. 23. h.*

Equidem in omnibus aliis contractibus realibus speciei præstatur custodia, & res custodienda est, ut in locatione, &c. verum in ea non consistit ratio contractus, sed verbi gratia in usu rei, in securitate &c. etsi per consequens cura accedat: vide *l. 4. §. 5. P. V.*

OBJ. *§. 17. Inst. De Obl. quæ quas. ex del.* ibi: *sed is apud quem res deposita est custodiam non præstat.*

RESP. Ex §. 16. apparet, quæstionem ibi esse de summa custodia, quæ in commodato præstatur, talis non præstatur in deposito. §. *17.* ibi: *ergo*

per custodiam intelligitur certus gradus custodiæ ex natura negotii definitus, ut in *L. 13. §. f. pign. act.*

Qv. V. *An depositarii dolus præsumatur, si cista tradita non reperiatur, clausa, sed aperta?*

NEGATUR: Sed si deponens dolum allegat, dolus & factum depositarii semper probari debent, potuit enim a familia factum esse, & quilibet præsumitur vir spectatæ fidei: Accedit quod alia actione indemnitati deponentis consultum sit, quo casu actio de dolo cessat. *L. 7. §. 1. ff. dol. mal.*

Laut. pag. 282. verb. *deponens vero culpam depositarii &c.*

Idem est si deponens arguat latam depositarii culpam, forte quod custodiverit in loco cui vel res suas non commisit, vel negligentissimus quisque non committeret: nam hoc pariter deponens probare debet. *Laut. p. 282. in f.* Ea autem probata non opus est amplius probare quis aperuerit cistam, quia ex natura latæ culpæ depositarius jam tenetur, & hoc casu verum est, quod deponens res cistæ inclusas juramento demonstrare possit; *arg. l. 1. §. 26. h.*

Qv. VI. *An deponens pro lubitu revocare depositum etiam ante diem addictum possit?*

AFFIRM. *L. 1. §. 45. & 46. h.* quia depositarius nihil juris in re illa habet, sed merum onus, adeoque revera ejus nihil interest, indeque nec deponens huic obligatur: Id quod plenius explicabitur, & ex ratione juris Gentium demonstrabitur infra tit. pro socio *q.* 13.

Laut. pag. 282. verb. (2) *in deposito regulari &c.*

OBJ. *L. 1. §. 22. h.* ubi repeti non potest depositum conditione adjecta, nisi ubi ea existit.

RESP. Agitur ibi de sequestro, ubi semper conditio adjicitur, ante cujus existentiam nunquam restituitur.

Qv. VII. *An hæc actio semper sit famosa?*

AFFIRM. (1) per text. expr. in *l. 1. his qui not. inf. & l. 10. C. h.* (2) ex natura culpæ latæ quæ inprimis ex naturali ratione verum delictum est, uti demonstravit *B. Par in Collat. 2. ad Struv. §. 3. & 4.* Et cum (3) in mandato condemnatus ex levissima culpa fiat infamis, vide *supra Tit. de his qui not. inf. q. 4* non video, cur non hic ex lata, cum utrobique eadem sit ratio *d. q. 4.*

Laut. ibid. verb. *Et interdum famosa &c.*

Equidem *Lauterbachius* tantum hoc admittit si ex dolo condemnatur, & ex *Carpz. p. 4. c. 54. def. 10.* præjudicium allegat; At (1) contra apertam juris dispo-

dispositionem hæc ita dicuntur. Sed & (2) hodieque ex lata culpa in negotio mandati condemnatum infamem fieri dictum est *d. q.* 4. Neque (3) unum vel alterum præjudicium immotam juris Civilis rationem tollere aut evertere potest.

Qv. VIII. *Si plures deposuere, & unus suam portionem recepit residuumque pereat, an recipiens id quod recepit, reliquis communicare debeat?*

Laut.pag. 279. verb. *Si plures rem &c.*

Distinguit *Lauterbachius*, *an* res fungibilis deposita sit, *an* plures species sint depositæ; *illo* casu recipientem non communicare, hoc vero casu eum teneri ait *p. 280. in med.* Sed de utroque casu idem dicitur in *L. f. C. h.* 4. utpote quæ & de specie & de quantitate loquitur, & in neutro is qui suum recepit aliquid restituere tenetur; Idque probatur porro ex ratione *l. 24. ff. quæ in fraud. cred.* quod vigilantibus jura scripta sint. Neque enim recipiens plus suo accepit; neque etiam depositarii invicem aliquid contraxere, indeque invicem actionem non habent.

OBJ. (1) *L. 63. §. 5. pro soc.*

RESP. Ibi communio inter depositarios fuit, inter socios vero omne lucrum & damnum commune est.

OBJ. (2) *arg. l. 29. ff. solut.*

RESP. Nulla ibi quæstio est, an unus receptum communicare debeat, sed an divisio numero an specie facienda? Et dicitur in rebus fungibilibus numero, in speciebus vero specie faciendam esse: at utroque casu, si unus aliquid recepisset, communicare hic deberet, quia hic casus est de sociis, qui per servum communem acquirunt, at ea quæstio hic non ventilatur.

In praxi hæc ratio juris nullibi mutata apparet.

Qv. IX. *An pœna dupli, quæ in deposito miserabili obtinuit, hodie obsoleverit?*

Laut.pag. 281. verb. *Quæ dupli pœna &c.*

AFFIRM. Rationes allegavit *B. Par. in Hyp. Inst. tit. de act.* §. 23. Vid. *infr. tit. de Obl. & Act.* nam hodie omnes pœnæ privatæ obsolevere. *d.* §. 23. Conf. *Grænw. ad L. 1. §. 1. h.* At statutis quorundam locorum adhuc obtinet, ut in jure Würtenbergico &c. Vide *Laut. alleg. loc.*

Laut.pag. 281. verb. *positis terminis habilibus etc.*

Qv. X. *An depositarius quoque teneatur ad usuras ex mora?*

Bachovius *ad Tr. V. 1. D. 28. th. 7.* putat non deberi usuras, nisi quantitas debeatur; quod falsissimum. Nam etsi pecunia ut corpus deposita sit, usu-

ræ ex mora debentur: (1) Quia ſimpliciter & in genere dicitur in depoſito ex mora uſuras venire; *l. 2. C. h.* Ubi ergo lex non diſtinguit, ibi nec nos diſtinguere debemus. (2) Quia utroque caſu uſuras ex mora deberi elicitur ex *l. 24. in fin. ff. Eod.*

At ſi res fructus ferat, quæritur an fructuum uſuræ debeantur?

RESP. Fructus debentur, non ejus uſuræ: nam in petitione hæreditatis quidem fructuum uſuræ debentur *l. 54. §. f. hær. pet.* Sed in depoſito aliud obtinet, quia acceſſio acceſſionis non datur: Rationem differentiæ dedi ſupra *tit. de Hæred. pet.*

EXCIPIT *Lauterbachius* caſum, ſi deponens uſum depoſitario conceſſerit, tunc enim hunc non teneri ad uſuras ait, multasque leges obſtantes & Doctores diſſentientes allegat, quaſi dubia illa ſententia eſſet, cum tamen nulla ibi dubitandi ratio ſit: Neque tam ineptus eſt allegatus *Carpzovius L. 4. Reſp. 55. n. 7.* ut de eo caſu diſſentiat, nam ille loquitur de uſu non conceſſo, ſcil. de eo, qui equum apud aliquem deponit; tunc enim ſi depoſitarius equitaverit, deponens pretium uſus repetere poteſt, quia depoſitarius furtum uſus facit.

Neque OBSTANT *alleg. text. in L. 29. ff. &c.* Nam

RESP. Nullus horum textuum agit de caſu, quo uſus rei depoſitario conceſſus eſt: Sed uſuræ ibi debentur vel ex mora, vel quia in uſus ſuos vertit.

QV. XI. *An caſum quoque præſtet depoſitarius, ſi culpa ejus præceſſit?*

AFFIRM. *C. 2. X.* ibi: *culpa vel mora præcedentibus caſus etiam fortuitus imputatur h. t.* quod intelligendum de culpa lata, quæ ſola in hoc negotio præſtatur.

Laut. pag. 282. verb. aut culpa a depoſitario præſtanda etc.

OBJ. *L. 16. ff. Cond. furt.* Ubi tantum dolo malo præcedente caſus imputatur.

RESP. Dolus ibi continet latam culpam, ita ut propter hanc quoque præcedentem caſus ſuperveniens præſtetur.

QV. XII. *An depoſitarius teneatur res depoſitas ſuis præferre, ſi utraque ſervare nequit?*

NEG. Quia effectus leviſſimæ culpæ eſt, quod ſuam præferre teneatur. Vide *ſupra tit. commod. q. 8. & 9.* quam depoſitarius non præſtat.

Laut. pag. 282. verb. Depoſitarius ſi in communi &c.

At ſi res propria minoris fuit pretii ac depoſita, tunc depoſitarius ideo tene-

tenetur, quia ultro damnum dedit, dum re sua servata alienam negligit, cum potuisset pretiosiorem servare, & sic sibi & depositario prospicere. Vid. *Lauterbachius pag. 282. ibique Dd.*

Si ergo depositarius rem depositam, quia majoris fuit pretii, re sua relicta servaverit, a deponente pretium rei suæ, quam rei depositæ postposuit, repetet: Secus ac in commodato, ibi enim tenetur necessario præferre ob levissimam culpam quam præstat, non vero hic. *Laut. d. l.*

OBJ. *L. 32. h.* Ubi depositarius eandem quam suis rebus debet adhibere diligentiam. Et in *c 2. X. h.* dicitur bonam fidem abesse, si rebus propriis salvis existentibus depositæ amissæ sint.

RESP. Verum hoc est, si utrisque ea diligentia adhiberi potest, at si utraque servari nequit, depositarius præferre omnino potest propriam, sub allegata tamen exceptione.

QV. XIII. *An depositario ob impensas necessarias detur retentio?*

Laut. pag. 28. verb. Licet ob expensas necessarias.

AFFIRM. (1) Quia ratione harum impensarum datur actio depositi contraria nedum exceptio. *L. 156 §. 1. R. J.* (2) Cui committitur depositum, ei quoque videntur concessa sine quibus servari nequit; adeoque hæ impensæ ex deponentis consensu veniunt. Accedit (3) quod impensæ necessariæ rem ipso jure minuant, indeque dolo agat, qui totam rem depositam non restitutis expensis recipere cupit: Conf. *l. 8. h.*

OBJ. (1) *arg. l. 11. C. h.* Ubi nec compensatio nec deductio locum habet.

RESP. Loquitur de deductione ratione alterius debiti, uti compensatio quoque supponit reciprocum debitum: Ob tale ergo mutuum debitum non admittitur deductio, *quia sub hoc modo non accepit depositum, ut non concessa ei retentio generetur, & contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur:* quæ sunt verba *d. l. 11.* Secus ergo si deductio ex ipsa causa depositi oriatur, uti si necessariæ in rem depositam fiant impensæ; quæ ipso jure rem minuunt, modo liquidæ sint, vel in continenti, id est, intra terminum Saxonicum, liquidæ reddi possint: (non liquidæ enim huc non pertinent:) Hic tota ratio *dictæ legis 11.* cessat. Tantum enim abest hic contractum bonæ fidei ad perfidiam detrahi, ut potius depositarius perfidiam committat, qui totam rem depositam expensis necessariis minutam sibi restitui vult.

QV. XIV.

Qv. XIV. *An exceptio rei non traditæ possit opponi contra instrumentum depositi?*

NEG. Quia non est causa sperandi aliquod commodum, & sic cessat indigentia debitoris, & avaritia creditorum, in quo tota ratio exceptionis non numeratæ pecuniæ consistit, de quo *supra in quæst. ad Laut. pag. 170.*

Laut. pag. 283. verb. Nec exceptio rei non traditæ.

Neque id de jure civili negat *Bachovius in alleg. loco*, sed ait saltem sententiam *Treutleri*, qui paratam executionem tali instrumento tribuit, non ita simpliciter veram esse, ut nec libello nec sententia opus sit, neque actionem depositi a Justiniano hic sublatam esse. Quod omnino verum est.

Qv. XV. *An deponens in concursu creditorum semper privilegium prælationis habeat?*

AFFIRMATUR: Si res deposita exstet: NEGATUR, si consumta sit, & hoc casu deponens collocatur in ordine creditorum juxta distinctiones *Lauterbachii p. 283.*

Laut. ibid. verb. Qui omnibus hypothecariis.

OBJ. *arg. l. 8. h.* ubi privilegium prælationis competit deponenti, etiamsi res non exstet.

RESP. Intelligendum hoc est positis terminis habilibus, & juxta distinctionem autoris, quæ legibus probatur.

Qv. XVI. *An sequestrum tantum sit rei litigiosæ, & an tantum sub conditione, ut lite finita restituatur, contrahi possit?*

RESP. Neutrum verum: Nam & potest res non litigiosa, & sub alia certa conditione ita deponi, ut existente conditione alteri restituatur: Ita enim in genere definitur sequestrum in *l. 6. h.* nec ulla ibi mentio fit rei litigiosæ: Sed & sub alia conditione fieri posse docent exempla in *l. 22. §. 8. in f. sol. matr.* ubi sequestrantur bona furiosæ uxoris, usque dum reconvaluerit, vel mortua fuerit: Et in *l. 39. ff. solut.* deponitur pecunia sub conditione, usque dum probaretur, in *l. 5. C. h.* deponuntur instrumenta quoad pensiones solverentur: Conf. *L. 7. §. f. Qui satisd. cog.*

Laut. ibid. in fin. verb. sequestrum est depositum rei litigiosæ &c.

INSTO, in *d. l. 5.* agi de adversario, adeoque de re litigiosa.

RESP. (1) Ab initio & tempore sequestri non fuit litigiosa, sed ex postfacto adversarius factus est. (2) Adversarius dicitur omnis pars contraria (3) Neque tamen hic est conditio lite finita, sed pensionibus solutis.

OBJ. *textus Autoris*; Qui omnes de ea conditione, ut lite finita restituatur sequestrum, loquuntur.

RESP.

RESP. Loquuntur de eo quod plerumque fit. Vid. *l. 17. pr. h.*

Plurimum vero intereſt ratione compenſationis, culpæ, &c. Item ratione exceptionis rei non traditæ: Si enim ſequeſtrum non eſſet *niſi rei litigioſæ*, & ſi non niſi ſub conditione, *ut lite finita reſtituatur*, contrahi poſſet, ſequeretur, quod in allegatis exemplis omnia depoſiti privilegia ceſſarent. Adeoque in his nec compenſatio locum haberet, nec ſemper exceptio rei non traditæ, nec culpa lata præciſe præſtaretur, ſed ille gradus qui in negotio quod geritur definitus eſt.

QV. XVII. *Quomodo ſequeſtrum voluntarium differat a depoſito?*

Laut. pag. 284. verb. voluntarium &c.

RESP. Differt (1) quoad formam. Nam (α) ſequeſtrum neceſſario fit a duobus: *l. 17. pr. h.* ſeu nomine ſaltem duorum. *l. 9. §. 3. dol. mal.* Vide *ſupra q. 2.* Et quidem (β) ſub conditione; *l. 6. ff. h.* quæ ſi non exiſtit, res repeti nequit, quia ex utriusque diſpoſitione jus hoc ita translatum eſt, ut exiſtente demum conditione uni reſtituatur. Nam & alter depoſuit in ſolidum. *L. 6. ff. l. 5. l. 11. C. h. l. 9. ſ. 3. dol. mal.* Neque conſilium mutari poteſt in alterius præjudicium. *C. 33. R. J. in 6.* Quæ omnia ſecus in ſimplici depoſito, etſi ibi plures deponant. Conf. *Laut. p. 279. & 280.* (γ) Sequeſtro defertur adminiſtratio, non nuda cuſtodia, vide *ſupra q. 3.* (δ) in *depoſito* ſinguli partem ſuam deponunt, *l. 1. §. 44. & ſeq.* in ſequeſtro omnes in ſolidum. *l. 6. l. 17. pr. h.*

Differunt quoque (2) Effectu: nam (α) in ſequeſtro tranſit poſſeſſio, (β) eſt quoque in re ſoli, (γ) revocari nequit niſi exiſtente conditione, (δ) præſtatur culpa leviſſima, &c. Quæ omnia ſecus in depoſito.

QV. XVIII. *An ſequeſtrum ſit, ſi a pluribus litigantibus res apud tertium deponitur?*

Laut. pag. 284. verb. Quo a pluribus litigantibus.

Vide *ſupra q. 2. & q. 16.* ubi & reſpondimus ad *L. Obſ. 9. &c.*

QV. XIX. *An cuſtodiæ tantum gratia ſequeſtrum contrahatur, & an eo transferatur poſſeſſio?*

Laut. ibid. verb. Contrahitur cuſtodiæ gratia &c.

AFFIRMATUR utrumque: Prius enim probatur ex ipſa definitione ſequeſtri in *l. 6. h.* Conf. *ſupra q. 3. Obj. 2.* Quia vero cum hac cuſtodia neceſſario conjuncta eſt adminiſtratio, *arg. l. 2.* *Id* ultro ſequitur in ſequeſtrum poſſeſſionem transferri. *l. 39. Acq. poſſ.*

Equidem regulariter hoc verum eſſe putat *Lauterbachius p. 284.* per *d. l. 39.* Sed addit exceptionem, niſi aliud actum ſit. *d. l. 39. l. 17. §. 1. h.* Atque

que ita textus hos conciliare vult: Sed ſimpliciter dicendum ſequeſtrum vere poſſidere; (1) per textum expreſſum in *d. l. 17. §. 1. h.* ubi (2) in eo differentia inter depoſitarium & ſequeſtrum conſtituitur, *d. l. 17. §. 1.* & (3) expreſſe dicitur id agi ex natura ſequeſtri, non ergo ex pacto partium, ibi: *id enim agitur ea depoſitione, ut neutrius poſſeſſioni id tempus procedat.*

OBJ. *L. 39. Acq. poſſ.* Ubi debet probari actum hoc fuiſſe.

RESP. Non agitur ibi de nuda poſſeſſione, ſed ex qua procedit uſucapio; nam ſequeſter ſemper poſſidet, ſed non ſemper uſucapit; neque enim tunc, cum pro aliis quis poſſidet, procedere uſucapio poteſt, *d. l. 39.* ſed quoad hunc effectum poſſident illi, qui rem in ſequeſtrum dant: Secus ſi tota cuſtodia in ſequeſtrum conferatur, indeque alia mens appareat: tunc inſpicitur bona vel mala fides ipſius ſequeſtri, & ille uſucapit. Atque idem quoque dicitur in *l. 1 §. 15. Eod.* ubi ſervus pignori alii datus, poſſideri a domino dicitur ad unam cauſam, id eſt ad uſucapionem; adeoque a creditore quidem pignus poſſidetur, non tamen ad effectum uſucapionis. *d. §. 15.*

QV. XX. *An actio de dolo vel præſcriptis verbis detur ex ſequeſtro neceſſario?*

Regulariter NEGATUR: Quia utraque actio ceſſat, quando actio ordinaria ex contractu adeſt.

Laut. ibid. verb. *Non actio de dolo, nec &c.*

OBJ. (1) *l. 9. §. 3. dol. mal.* ubi utraque hæc actio alternative datur.

RESP. Quia actio ſequeſtraria ibi ceſſat, nam ea locum demum habet finito ſequeſtro, at in dicta lege pecunia petitur lite nondum finita.

OBJ. (2) *l. 17. in f. h.*

RESP. Ibi ſequeſtrum non eſt, quia non a pluribus vel plurium nomine deponitur; tum ergo erit actio præſcriptis verbis.

QV. XXI. *An ſequeſtrum differat ab arreſto?*

AFFIRM. Nam (1) arreſtum eſt interdictum, ne res aut perſona loco vel ſtatu ſuo moveatur: *Harpr. Comm. ad Inſt. Quib. mod. re contr. obl. n. 62.* Sequeſtrum vero eſt quo res ita alicui committitur, ut ſub conditione alteri reſtituatur. *B. Par. Hyp. Inſt. Eod. tit. §. 10.* (2) Sequeſtrum eſt depoſiti ſpecies, indeque contractus nominatus; at arreſtum eſt interdictorum ſpecies. *Harpr. d. l.* (3) Arreſtum ſemper fit invito altero, at ſequeſtrum aliquando utroque conſentiente. (4) Arreſtantur res & perſonæ; ſequeſtrantur tantum res. Vid. tamen *Diſp. ſub præſidio B. Par. habitam de ſequeſtro fœminarum.* (5) Arreſtum

ſemper imponitur a judice, ſequeſtrum aliquando conventione partium conſtituitur.

DISSENTIUNT Doctores apud *Harpr. d. l.*

QV. XXII. *An ſequeſtrum differat a miſſione in poſſeſſionem ex primo decreto?*

AFFIRM. Quia ſequeſtrum tertio fit, cui cuſtodienda res committitur, miſſio vero ipſi adverſario: Hinc (2) ſequeſtratio longe mitior eſt. *c. 2. c. 15. Jud.* (3) Sequeſtratio aliquando conventione partium fit, miſſio ſemper a judice. (4) Miſſus ex primo decreto conſequitur jus in re, & pignus prætorium. Secus ac in ſequeſtro, *Harpr. tit. Quib. mod. re contr. obl. n. 63.* (5) Miſſio prodeſt & nocet omnibus qui eandem cauſam habent, ſequeſtrum tantum deponentibus. *Harpr. ibid.*

QV. XXIII. *An ad relaxandum ſequeſtrum juratoria cautio ſufficiat, ſi alia inveniri non poſſit?*

AFFIRM. Si reus ad cautionem ſe offerens integræ ſit famæ ac vitæ. *Harpr. comm. Inſt. ad tit. Quib. mod. re contr. obl. n. 169.* (1) per *l. 1. §. 2. verſ. Sin vero C. aſſert. toll.* ubi in genere qui fidejuſſorem dare non poteſt, ad juratoriam cautionem admittitur. *Harpr. d. l. n. 70.* quæ regula quoque confirmatur in *auth. generaliter C. de Epiſc. & Cler. Auth. hodie &c. C. de Cuſt. reor. Nov. 112. c. 2. in pr. verſ. ſin autem dixerit &c. & Nov. 134. c. 9.* aliique textus apud *Harpr. d. l.*

OBST. *L. 7. §. f. ff. qui ſatisd. cog. l. f. C. ord. Cogn. l. 10. C. de agric. & cenſit.* ubi idonea ſatisdatio requiritur ad relaxandam ſequeſtrationem: Idonea autem ſatisdatio tantum fit fidejuſſoribus vel pignoribus: *L. 1. ff. qui ſat. cog. l. 1. §. 9. ff. Coll. bon. l. 4. §. 3. ff. re jud. l. 21. in f. ff. Conſt. pec. l. 40. ff. ſolut. l. 4. §. 8. ff. fideic. Libert.*

RESP. Verum hoc eſt ſi haberi poſſit idonea, at ſeus ſi haberi non poſſit. *Harpr. d. l.*

DISSENTIUNT Doctores apud *Harpr. d. l.*

QV. XXIV. *An ſequeſter durante ſequeſtro jus præſentandi vel conferendi beneficia Eccleſiaſtica habeat?*

AFFIRM. Quia omnia adminiſtrat, etiam ſpiritualia. *Clem. un. de ſequeſtr. poſſ.* Sed & favor & utilitas eccleſiarum hoc ſuadet, ne diſciplina Eccleſiaſti-

ſiaſtica periclitetur propter partium contentionem. *Harpr. ad tit. Inſt. Quib. mod. re contr. obl. n. 160. ſeq.*

OBST. (1) Quod ſequeſter nomine alieno poſſideat, & fructus colligat; *L. 9. l. 39. ff. A. P.* at qui alieno nomine poſſidet, vel fructus colligit, jus conferendi vel præſentandi non habet. *c. 18. de ſent. & re jud.*

RESP. Loquitur textus hic de creditore, cui jus patronatus pignori erat obligatum; hic præſentare nequit, ſed debitor, qui dominus eſt; at in ſequeſtro de ipſo dominio diſceptatur, & nemo eſt qui durante lite præſentare poſſit.

OBJ. (2) Quod ſequeſter non diſſipare poſſit fructus, ſed eos debeat cuſtodire, ut reſtituantur ei, qui in cauſa obtinebit.

RESP. Præſentare non eſt diſſipare, ſed adminiſtrare. *Harpr. d. l.*

OBST. (3) *c. 3. & c. 27. X. Jur. patr.* Ubi epiſcopus loci debet providere, ſi intra 4. menſes controverſia non eſt ſopita.

RESP. Loquitur de caſu, ubi jam vacante ſacerdotio lis de jure præſentandi orta eſt, tunc enim tacite ineſt conditio depoſiti, ne ante fiat collatio, aut præſentatio, quam ſi controverſia illa ſit terminata; At ſecus ſi pendente ſuper hoc jure lite vacatio accidit, tunc enim ſequeſter providet, utpote cujus officium eſt in eo ſtatu rem cuſtodire, & finito ſequeſtro reddere, in quo acceperat.

Atque ita in praxi obtinere ait *Harpr. d. l. n. 161. ſeq.* Idque ad omnes actus jurisdictionales, ſubſtitutiones officialium interim mortuorum, &c. extendit *n. 165. in fin.*

DISSENTIENTES allegat *n. 160.*

LIB. XVII. TIT. I.

MANDATI VEL CONTRA.

QV. I. *An poſſit eſſe mandatum, etſi mandantis nihil interſit?*

AFFIRM. Nam meum negotium eſſe poteſt, etſi mea nihil interſit, id eſt, etſi non meum, ſed tertii negotium agatur, nam meum etiam eſt, unde periculum meum eſt, uti in *tot. tit. de fidej. & Mand.* Ubi mandator in caſum non factæ a reo principali ſolutionis tenetur: Idque in terminis ita traditur in *L. 6. §. 4.* ibi: *Si tibi mandavero, quod mea non intereſſat &c. erit mibi tecum* man-

Laut. pag. 285 verb. Modo aliqualiter &c.

mandati actio ff. h. t. Ita in §. 3. *Inst. h.* referuntur casus, ubi aliena tantum causa intervenit mandatum.

OBJ. (1) *L. 8. ∫. 6. h.* ibi: *Si nihil interest, cessat mandati actio & eatenus competit quatenus interest.* Item *L. 6.* §. 5. ibi: *Plane si tibi mandavero quod tua intereat, nulla erit mandati actio nisi mea quoque interfuit. ff. Eod.* Nec non *L. 48. ∫. f. h.*

RESP. Omnes hi textus non pugnant cum *d. L. 6.* §. 4. utpote ubi formula *quod mea non intererat*, plane alio sensu accipitur, ac in reliquis textibus; nam ibi mandantis non intererat, quia non sui causa mandabat, nec suo nomine, sed tertii nomine, adeoque *non intererat* ratione negotii contrahendi, utpote quod alieno nomine fiebat, etsi *ejus interesset* ratione commodi, vel periculi, forte quod mandatarius aliter non contracturus esset, quo ipso periculum ad mandantem pertinet, de quo loquitur *L. 6.* §. 5. vel quod fundum emi ipsius mandantis *interesset*, adeoque commodum in eum redundaret, de quo expresse loquitur *L. 6.* §. 8. *h.*

Scrupulus adhuc hæret in *d. l. 48.* §. *f.* Ubi mandatum non est, etsi periculum ad mandantem pertineat.

RESP. Ibi pro *me* legendum est *te.* Idque (1) quia hic §. admodum vitiosus est, nam præter jam notatum errorem duo vitia notoria ibi occurrunt, tum in voce *civis* tum in voce *mihi.* Vide *Gloss. ad d. l.* (2) Absque hac correctione impingeret hæc lex in notoriam rationem juris, certum enim est, quod si ad eum, qui mandat, periculum pertineat, verum mandatum sit. *tot. tit. ff. fidej. & mand. L. 6.* §. 5. *Mand.* Et cum (3) in *L. 6. ∫. 4. Mand. Celsus* (ex cujus digestis desumta est *l. 48.*) tanquam assertor hujus sententiæ allegetur, male eum *Ulpianus* tanquam consentientem allegasset: Inprimis (4) cum totus contextus doceat, *Celsum* loqui ibi de nudo consilio non mandato, Conf. *Cuj. Obs. L. 17. c. 29.* qui vero mihi non satisfacit.

OBJ. (2) *arg. l. 38. ∫. 17. V. O. l. 21.* §. *f. L. 28. N. G.* Ubi nemo per alium obligari potest.

RESP. Hoc verum de negotio inter alios gesto, at ex facto proprio, quod inter mandantem & mandatarium intercedit, actio oritur mandanti, sive ejus intersit, sive non.

QV. II. *An deportati mandare possint?*

Laut. pag. 285. verb. Etiam deportati &c.

AFFIRM. Quia deportati in bonis postea quæsitis retinent ea quæ juris Gentium sunt. *L. 17. ∫. 1. Pœn. L. 15. de interd. & releg.* indeque mandatum quoque contrahunt, utpote quod est contractus juris Gentium. §. 2. *J. N. & G.*

At

At directa actione agere deportatus nequit, quia ea est juris positivi, beneficia vero juris civilis deportata aufferuntur. *d. l. 17.* Utilis tamen datur *L. 22. §. 5. h.*

Obj. *L. 2. C. bon. præscr.* Ubi proscriptus nec eorum bonorum, quæ post deportationem quæsivit, hæredem habere potest.

Resp. Hoc inde est, quia omnis hæreditas defertur ex Legibus 12. tabb. adeoque jure positivo.

Qv. III. *An mandatarius extrajudicialis iterum alii mandare possit?*

Laut. pag. 285. verb. Mandatarii extrajudiciales &c.

Affirm. per text. expr. in *L. 8. §. 3. h. c. 9. Proc. in 6.*

Obj. Quod hic mandare videatur non suum negotium, sed alienum, scilicet quod ab alio ipsi mandatum est.

Resp. Imo mandat id quod suum est in hoc negotio: Nam cum mandatarius teneatur mandanti ad id quod interest, adeoque ad interesse (sit venia verbo) pecuniarium, hoc ipsum alii denuo mandare potest.

Secus ergo est in illis causis, quæ non consistunt in pecuniario interesse: Hinc (1) nemo procurator judicialis litem alii potest mandare, hic enim de lite & causa quæritur, quarum neutra ad procuratorem proprio jure pertinet: (2) Ita nec Jurisdictio alii mandari potest, *L. 5. ff. Jurisd.* quia agitur ibi de administratione justitiæ, indeque non mandaret, quod suum est. Aliud quoque in iis negotiis, ubi personæ industria est electa. *Laut. p. 285. in fin.* Vide *q. seq.*

Qv. IV. *An in omnibus negotiis magni momenti personæ industria videatur electa?*

Laut. pag. 285. verb. Quod factum esse censetur &c.

Putat id Autor *arg. c. f. de Proc. in 6.* Ubi dicitur cum quis ad contrahendum matrimonium procurator est, non posse deputare alium; addita ratione, *propter magnum quod ex facto tam arduo posset imminere periculum.* Attamen omnia negotia, ubi pecuniarium interesse vertitur, etsi maximi sint momenti, alii mandari posse, verius est; Vide *q. præced.*

Neque Obst. (1) *d. c. f.*

Resp. Vera ratio ibi est, quod non agatur de causa pecuniaria, sed de matrimonio contrahendo, hoc proinde alii mandari nequit.

Obj. (2) *L. p. §. 2. ff. de diverf. temp. præscr.*

Resp. Non ibi dicitur, quod negotium mandatum iterum alii mandari non

non possit, nisi consentiente domino; nam de eo non quæritur; Sed an possessio domini & emtoris conjungantur ad effectum usucapionis, si procurator domini per alium procuratorem vendiderit illi emtori? Quod negatur, nam primus quidem procurator nomine domini possidebat, indeque potuisset possessionem in emtorem transferre, eoque utramque conjungere: At si negotium alii mandat, hic secundus mandatarius nec nomine domini possidet, nec proinde possessionem ex sua persona transfert, ergo neque conjunctio erit possessionum, neque proinde usucapio procedet: Secus si dominus in hunc secundum mandatarium consenserit, tunc enim nomine domini possessionem habet, atque hic est sensus *d. l. p.*

Qv. V. *An ratihabitio sit pro mandato?*

Laut. pag. 286. verb. *in totum absoluta ratihabentur.*

AFFIRM. *L. 60. R. J. L. ult. C. Ad SC. Maced. L. 56. de Judic.*

EXC. Si res integra amplius non sit, quod fit duplici modo: (1) Si ab initio jam certa forma negotii contracta sit, ea enim durat; verbi gratia, si sit negotii gestio, manet talis, etsi mandatum domini postea superveniat. *L. 6. §. 9. & 10. L. 9. ff. de Neg. Gest. L. 9. C. Eod.* Idem quoque est, si mandatum ipsum statim intervenit, tunc ratihabitio superveniens non tollit actionem mandati semel natam. *L. 50. h.* (2) Si ante consensum jam vitium ita contractum sit, ut effectus vitiosus inde exstiterit; ut, si ex nuptiis absque consensu patris contractis conceptus jam est filius, hoc vitium per subsequentem ratihabitionem non tollitur. *L. 5. C. Rit. Nupt.* Quanquam id *hodie* secus sit. Vide *tit. de Rit. Nupt.*

Qv. VI. *An in delictis mandans quoque puniatur?*

Laut. pag. 286. verb. *Uterque tamen illis.*

AFFIRM. Quia mandans causa est delicti. Vide infra *tit. de Pœn. Laut. p. 286. ibique Doctores.* ubi de praxi testantur. Quod adeo verum est, ut si mandans hominem vulnerari, diserte tamen, ne occidat, prohibeat, nihilominus ordinaria legis Corneliæ de sicariis pœna teneatur, si eum mandatarius occiderit. (1) Quia qui aliquid mandat, id quoque mandat, quod evitari non potest, uti hic mors; vulnera enim ad mensuram non dantur. (2) Quia & is qui in duello vulnerandi saltem animum habuit, de occiso tenetur. (3) Regula juris Civilis est, quod mandans & mandatarius teneantur eadem pœna, nec hic exceptio est. (4) Ita res deciditur in *O. C. art. 148.*

Qv. VII. *An mandato honorarium accedere possit, & quænam inde detur actio?*

Laut. pag. 286. verb. *Honorarium tamen &c.*

RESP. Mandato honorarium accedere posse, disertis verbis traditur in *L. 6. pr. h. L. 1. C. Eod.*

OBJ.

OBJ. *L. 1. §. f. h.* ubi mandatum non eſt niſi gratuitum.

RESP. Nec deſinit eſſe gratuitum, licet honorarium promittatur, quia eo non æſtimatur opera præſtita, nec adæquata merces hic eſt ut in locatione, ſed potius remuneratio quædam & grati animi ſignificatio. *Franzk. ad ff. h. n. 26.*

Actiones autem pro conſequendo honorario variæ ſunt: Nam (1) vel ſtipulatione certum ſalarium promiſſum eſt, tunc datur *actio ex ſtipulatu certi*, (2) in genere ſaltem promiſſum petitur *condictione incerti:* vel (3) pacto negotio mandati in continenti adjecto ſalarium promiſſum eſt, tunc petitur *actione mandati*, *l. 6. pr. h.* quia pacta in continenti adjecta negotiis bonæ fidei producunt actionem ex ipſo contractu. Si (4) ex intervallo adjicitur pactum, non niſi *exceptio* inde oritur. (Diſſentit *Franzk. d. l. n. 36.* ubi extraordinariam cognitionem dari ait.) Quoties (5) non ſpecies ſed alia res promittitur, erit contractus innominatus, & datur *actio præſcriptis verbis. L. 5. §. 1. ff. præſcr. verb.* Si (6) nihil promiſſum eſt, neque tamen gratis opera præſtari ſolet, ut in negotiis liberalibus, *extraordinaria perſecutio* datur, quo pertinent ſalaria medicorum, advocatorum &c. *L. 7. ff. Mand. tot. tit. Extraord. Cogn.*

Uti ergo extraordinariæ cognitiones ſaltem obtinent in artificibus liberalium ſtudiorum, ut in Geometris, Medicis, obſtetricibus, librariis, notariis, calculatoribus, advocatis &c *L. 1. pr. §. 1. §. 6. 7. 9. & 10. ff. Extraord. Cogn.* Ita ſequitur extra cauſas has liberales extraordinariam perſecutionem ex negotio mandati non dari: adeoque (1) nec ſi pactum mandato ex intervallo adjectum ſit. *Diſſentit Franzk. d. n. 36. Laut. h.* Nec (2) in ſalario incerto promiſſo, etſi mandatarius alias officium citra ſalarium jure familiaritatis facturus non fuiſſet. *Diſſentit Franzk. d. l. n. 37. & 38.* Nam tum vel datur condictio incerti ex ſtipulatu, vel, ſi pacto promiſſum ſit, ac ex ipſo contractu, vel ſola exceptio &c. Extraordinaria autem illa cognitio tunc demum datur, ubi nulla merces promiſſa eſt, adeoque ubi actio jure civili ceſſat.

Atque ita clara res eſt, quæ admodum torſit *Franzkium*, ipſo fatente *d. l. n. 27.* & *Salycetum in L. 1. C. h. n. 2. in fin.*

QV. VIII. *An mandans ex commendatione vel conſilio obligetur?*

Laut. pag. 287. verb. Hincregulariter.

NEGATUR: Nam cum agitur de ſola utilitate ejus, cui conſilium datur, totum quoque ejus arbitrio relinquitur. *L. 12. §. 12. h. §. 6. Inſt. h.* Indeque nulla exinde oritur obligatio; qua ratione enim ex eo, quod quis rem vel laudibus extollat, vel quod precibus impetret vel quod aliquem hortetur, vel ſuadeat alicui prætextu utilitatis, ut verbi gratia, mutuo ſuſcipiat, obligari poterit?

EXC.

Exc. tamen (1) si dolo id egerit, eaque intentione, ut me inducat, dolus enim nunquam impunitus esse debet. (2) Si gestor alias facturus non fuisset, *l. 6. ff. 5. h.* indeque fidem commendantis secutus est, tunc non suo arbitrio & periculo sed suadentis fecisse videtur. *d.* §. *13. l. 12.* §. *13. h.* Quod vero ab allegante probari debet. *B. Par. in Hyp. Inst. tit. Mand. ff. 3. Dissent. Laut. p. 287.* qui putat nec tunc ex consilio nasci obligationem, etsi aliter facturus non esset: Sed tot textus ei obstant. Addit (3) *Stryk. in not. h.* inter mercatores, ex hujusmodi nuda commendatione aliquem obligari; Sed nec id aliter concedimus, quam si mercator alias facturus non fuisset.

Insto. Quod liberum sit gestori agere vel non agere.

Resp. Imo hic non ideo quia necessario agit, sed quod fidem & consilium alterius sequatur, actionem habet. *d.* §. *13.*

Qv. IX. *An actio hæc sit famosa?*

Laut. pag. 287. verb. Interdum famosa.

Lauterbachius id AFFIRMAT, si ob dolum condemnatio fit; Verum ob levissimam quoque culpam damnatum ex ratione juris fieri infamem dictum est *supra tit. His qui not. inf. q. 4.* ubi & dubia resolvimus, & quid praxi obtineat, demonstravimus. Sane si tantum ob dolum id obtineret, cur id speciale fuisset in quatuor contractibus in lege *1. pr. his qui not.* recensitis. Nam in omnibus negotiis ex dolo condemnati fiunt infames. *L. 1.* §. *4. de Dolo mal.*

Qv. X. *Quando quis dicatur excedere fines mandati?*

Laut. pag. 288. verb. Si fines mandati excesserit &c.

Resp. (1) Si plane negotium non gessit. *L. 8.* §. *6. L. 22. ff. f. h.* Hoc enim casu mandans non potest agere ad rationes reddendas, sed ad id quod interest observatos fuisse mandati fines. (2) Si ultra fines gessit, *dd. ll.* quia ille quoque, qui ultra fines gessit, non gessit, dum id, quod in mandato fuit, non gessit. Uti si pluris emit, (non si minoris: *Harpr. h.* §. *8. n. 8*) vel minoris vendis; Unde priori casu mandatario non datur actio ratione ejus quod plus emit, nec mandati nec negotiorum gestio. *L. 22. pr. L. 41. h.* §. *8. Inst. h.* posteriori casu mandanti tenetur ad omne id quod interest. *L. 41. h.*

An ergo mandatum nullum est? Ita putat *Laut. h.* sed verius est valere priori casu negotium quoad summam concurrentem, si gestor excessum remittere velit: *l. 3. ff. f. h.* Et solum excessum vitiari; *Harpr. d. l. n. 9.* posteriori vero casu gestori liberum esse supplere, quod deest. *Harpr. d. l. n. 3.*

Equidem *Cassius & Sabinus*, etiamsi mandans ad summam concurrentem agere velit, inutiliter acturum putant: §. *8. Inst. Mand.* At refellitur hæc sententia in ipso hoc §. 8. Conf. *L 3. ff. f. 4. l. 5. pr. h.* & additur ratio in *d.* §. *f.*

Iniquum

Iniquum videri, non esse mihi cum eo actionem, si nolit; Illi vero, si velit mecum esse; Neque potest dici claudicare contractum, quia vi contractus utrinque agi potest, etsi non ad rem. *L. 41. h.* Sed & licet utrinque agi non posset, non tamen claudicat, quia initio utrinque substitit; & agi nequit, non quia actio non oritur ex contractu, sed quia non recte gessit.

Qv. XI. *An qui mandatum habet ad vendendum, etiam habeat mandatum ad pretium recipiendum?*

AFFIRM. Quia negotio venditionis id continetur; & cum mandatarius tra dere teneatur, pretium quoque recipere potest. *L. 13. §. 8. act. Emt. l. 35. solut.*

Laut. pag. 288. verb. *Aut id sine quo &c.*

OBJ. (1) *L. 1. §. 12. Exerc. act.* Ubi ad locandum præpositus non potest mercedes recipere.

RESP. Nec merces debetur nisi finito usu, quia alius actus est, & ibi præpositus saltem est ad locandum. *Harpr. ad §. 8. h. n. 7.*

OBJ. (2) *L. 86. de solut.* Ubi procuratori ad litem solvi nequit.

RESP. Quia aliud est agere in judicio, aliud pecuniam accipere ex emto.

Qv. XII. *An mandatarius fines mandati excedere videatur, si excessus ille domino utilis futurus est?*

RESP. Omnino ultra fines mandati agit, etsi id domino utile futurum esset.

OBJ. (1) *L. 30. h.* Ubi procurator potest excedere fines mandati, si id domino utile futurum est, indeque prohibere procurator potest eum, qui servum accepit a domino ea lege, ut manumitteret.

RESP. Ibi est procurator generalis, hic ergo potestatem habet decernendi quid utile sit domino, quid non; hinc si justam causam habet decernendi, ne servus manumittatur, jus prohibendi quoque ei competit, & pertinet hoc ad ejus administrationem.

OBJ. *L. 68. ff. solut.* Ubi qui jussus est solvere pupillo, potest ejus tutori solvere, ergo extra fines mandati agere licet.

RESP. Tutor integrat pupilli personam, & sic pupillo solvere videtur, qui ejus tutori solvit: Quin soli pupillo tuto solvere non potest.

Qv. XIII. *An mandatarius præstet culpam leviſſimam?*

Laut. pag. 288. verb. *Mandatarius præſtat &c.*

AFFIRMATUR: (1) Quia in negotiis ultro ſuſceptis præſtatur culpa leviſſima, ſupra *tit. commod. q. 10.* Atqui mandans ultro ſuſcipit negotium. (2) *L. 13. C.* ibi: *& omnem culpam &c. h. t. L. 21.* ibi: *Aliena vero negotia exacto officio geruntur, nec quidquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſt. C. h. t.* Conf. *B. Par. tract. de culpis D. 3. th. 18. & 24. Et in Collat. ad Struv. 2. §. 8.*

Obj. (1) *L. 5. §. 4. ff. Præſcr. verb.* Ubi dicitur pactum cuſtodiæ mandato adjectum excedere naturam mandati; cum ergo cuſtodia denotet culpam leviſſimam, *Laut. pag. 227.* videtur hæc tunc demum præſtari in mandato, ſi pactum cuſtodiæ adjectum eſt, alias, & ex regulari mandati natura, tantum levis.

Resp. Natura mandati eſt, ut negotium geratur, quod ſine cuſtodia fieri ſolet, & poteſt; ſi vero pacto accedat cuſtodia, hoc eſt extra naturam mandati. Non ergo hoc pacto mutatur culpæ præſtatio, nam exactiſſima diligentia ſemper præſtatur, ſive ſola geſtio, ſive præterea cuſtodia ſit mandata: Neque de culpæ præſtatione in *d. l. 5.* quæritur.

Obj. (2) *L. 11. C. Mand.* ibi: *tam dolum quam culpam. L. 8. §. f.* ibi: *ſi dolus non intervenit nec culpa, non teneberis. L. 10. pr.* ibi: *nihil enim amplius quam bonam fidem præſtare debet, qui procurat. L. 29. pr.* ibi: *diſſolutam negligentiam ff. Eod.*

Resp. Loquuntur partim de culpa ſimpliciter poſita, ubi ſemper intelligitur gradus ex negotii natura definitus: Adeoque in mandato culpa leviſſima: Et de eo eſt *d. l. 11.* quo etiam pertinet *L. 23. ff. Reg. jur.* Partim loquuntur de ſimplici actu mandato, forte ad certam rem emendam, ibi ſufficit bonam præſtare fidem, & abeſſe dolum & latam culpam. *d. l. 8. §. f. d. l. 6. pr. Dn. Coccej. dict. Collat. 2. §. 12.* In *d. l. 29.* fidejuſſor ſolvit ſecundum mandatum, at ſi creditori non opponit exceptionem *non numeratæ pecuniæ*, ſciens tenetur ex dolo & lata culpa, non vero ex levi, nedum leviſſima: Adeoque ibi non agitur de culpa in negotio mandato commiſſo, ſed de doloſa omiſſione exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quia dolus in omni negotio punitur.

Obj. (3) *arg. l. 5. §. 2. Commod.* Ubi præſtatur ſaltem culpa lata, quoties nulla agentis utilitas verſatur: at mandatarius regulariter gratis mandatum ſuſcipit.

Resp. Alia ratio eſt in negotiis ultro ſuſceptis, ibi enim Mandatarius renunciare videtur ſuo beneficio, neque enim affectare debet, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem ſuam alii periculoſam fore. *L. 8. §. f. l. Aquil.*

Atque

Atque ita judicatum refert *Hahn. ad W. h. n. 10.* Conf. *Cœpp. L. 2. O. 59. n. 2. Carpz. p. 2. c. 20. def. 11. n. 6.*

Qv. XIV. *Si mandatarius mandantis pecuniam fœnori non exposuit, sed in proprios usus convertit, an teneatur ad usuras centesimas?*

Videtur hoc dicendum propter *l. 38. ff. de Neg. gest.* Nos vero id NEGAMUS: Tam de jure, propter *l. 10. §. 3. mand.* ubi mandatarius, pecuniam in suos usus convertens, ad ordinarias saltem tenetur; Quam in foro, ubi centesimæ usuræ fere cessant. *Brunn. ad l. 23. C. Usur.*

Laut. pag. 289. verb. Quam in proprios.

Neque aliquid in contrarium probat. *d. l. 38.* Quia loquitur de negotiorum gestore, qui non accepit ab amico nummos, sed sibi sumsit ex administratione, de hoc enim constitutum est, ut integram & abstinentem omni lucro præstare fidem deberet, idque sub pœna maximarum usurarum. Vid. *Disp. nostra de regali Postarum jure §. 8.*

Qv. XV. *An mandatarius quoque possit agere ad restitutionem damni quod ei contigit ex casu fortuito?*

NEGATUR: Nam id damnum non oritur ex causa mandati: Et casus nocet domino, cui res sua perit. *L. 26. §. 6. h. l. 23. ff. Reg. Jur.* Idque juri naturæ conveniens esse docet *Grot. J. bell. & pac. L. 2. c. 12. §. 1. 3.*

Laut. pag. 289. verb. Non etiam quod casu &c.

EXC. Nisi ex ipsa re mandata contingat, *L. 61. §. 5. de furt.* & sic non obstat *L. 7. ff. test. quem. aper.* Ubi nemini officium debet esse damnosum. Nam vel damnum accidit ex re mandata, tunc omnino restitui debet, & alias officium esset damnosum: Secus si extra mandatum patitur damnum, forte quod in itinere spoliatus fuerit, hoc non restituitur.

INSTO, Forte tale damnum passurus non fuisset, si mandatum non suscepisset.

RESP. Imo talis casus ubicunque, etiam domi contingere potest. *L. 26. §. 6. h.*

Qv. XVI. *An renunciatione mandantis & mandatarii finiatur mandatum?*

Laut. pag. 290. verb. Mandatarii renunciatione &c.

AFFIRMATUR: Rationem ex ipso jure Gentium exposui in *tit. pro soc. q. 15.*

Qv. XVII. *An valeat mandatum, quod post mortem mandantis demum impleri debet?*

Laut. pag. 290. verb. Et nisi tale &c.

AFFIRM. hoc *Lauterbachius pag. 290.* sed res ita se habet: Si mandans sui, vel hæredis causa post mortem fieri quid velit, hoc mandatum non exstin-

guitur morte mandantis, ſed tunc demum incipit; de quo eſt *l. 12. in f. l. 13. h.* verbi gratia, ſi teſtator mandavit, ut ſibi vel hæredi monumentum fieret, ibi agitur de jure acquirendo mihi vel hæredi, quod valet poſt mortem, quia hæredi ſtipulari, eique jus quærere poſſum: At ſecus ſi agatur de jure acquirendo tertio non hæredi; v. g. ſi quis mandet Titio, ut Cajo poſt mortem ſuam 100. ſolvat; hoc non valet, quia non magis potuit jus alii quærere, quam alium obligare, de quo eſt lex obſtans *in Leg. fin. de ſolut.*

Qv. XVIII. *An finiatur quoque mandatum morte mandatarii?*

Laut. ibid. verb. *Mandatarii ſi res &c.*

AFFIRMATUR: *l. 57. Mand.* verb. *Mandatum diſtrahendorum ſervorum defuncto, qui mandatum ſuſcepit, intercidiſſe conſtitit.* Nam cum defunctus non obligatus fuerit, nec hæredes obligari poterunt, quia obligatio quæ nulla in defuncto fuit, in hærede inchoare nequit. Vide *tit. pro ſoc. p. 13.*

Sed OBST. *L. 57. Mandat.* ubi hæredes diſtrahere ſervos poſſunt: Equidem putant Doctores ibi rem non amplius integram fuiſſe, indeque potuiſſe mandatum ab hæredibus perfici, *Laut. in f. h.* At hoc falſum eſſe apparet tum ex eo, quod per uſucapionem demum emtores jus acquirant, tum ex eo, quod mango fidem certi hominis ibi elegiſſe dicatur; tum denique ex eo, quod mango Publiciana actione ſervos ab hæredibus venditos vindicare poſſit, quod facere non poſſet, ſi juſte hæredes alienaſſent.

Cum vero de ſenſu *d. l. 57.* admodum controvertatur, meam quoque circa illum textum ſententiam paucis declarabo, eaque poſita nullam amplius difficultatem ſuperfore confido: Verba autem legis hæc ſunt: *Mandatum diſtrahendorum ſervorum defuncto, qui mandatum ſuſcepit, intercidiſſe conſtitit. Quoniam tamen hæredes ejus errore lapſi, non animo furandi, ſed exequendi, quod defunctus ſua cura fecerat, ſervos vendiderant, eos ab emtoribus uſucaptos videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reverſum Publiciana actione non utiliter acturam: cum exceptio juſti dominii cauſa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam hæredum affici damno.*

Caſus hic propoſitus talis eſt: Venaliciarius peregre profecturus diſtractionem ſervorum committit Titio, hic moritur, hæredes ejus bona fide exequuntur mandatum, ſervoſque diſtrahunt: Reverſo poſtea venaliciario variæ ſuboriebantur quæſtiones: (1) An mandatum morte mandatarii exſtinctum fuerit? (2) An emtores ſervos, ab hæredibus diſtractos uſuceperint? & (3) an & qua actione venaliciario reverſo ſuccurratur? Equidem quod *primam* quæſtionem attinet, jam dixi mandatum finitum eſſe: indeque hæredes dominium ſervorum alienorum in emtores transferre non potuiſſe; Attamen quia emtores bona fide & juſto titulo ab hæredibus non dominis accepere, recte affirmatur *altera* quæſtio, ſcilicet eos uſucepiſſe ſervos ſibi venditos.

Neque

Neque OBSTAT, quod hæredes ſcientes rem alienam diſtrahentes pro furibus haberi debeant, adeoque furto res videatur alienata indeque uſucapi non poſſit.

RESP. Imo hæredes non habuere animum furandi, ſed exequendi id, quod curæ defuncti commiſſum erat; idque nervoſe ait JCtus: *Quoniam tamen hæredes ejus errore lapſi non animo furandi, ſed exequendi, quod defunctus ſuæ curæ fecerat, ſervos vendiderant, eos ab emtoribus uſucaptos videri placuit.*

Sed cum mango citra culpam ſuam ſervos amittat, *Tertio* quæritur, an & quali actione ei ſuccurratur? Videtur nulla; Quia res uſucapta eſt, & Publiciana agenti videtur obſtare exceptio juſti dominii, *d. l. 57.* At res aliter ſe habet. Præmittendum autem eſt, vitioſam eſſe lectionem vulgatam *d. l. 57.* Et ita legendum eſſe, *ſed venaliciarium &c. Publiciana actione non inutiliter* (non vero ita *non utiliter) acturum:* Nam venaliciario Publicianam non denegari debere, probat (1) ratio juris, quia ob juſtam abſentiæ cauſam reſciſſa uſucapione ſervi venditi Publiciana vindicari poſſunt, de quo *infra.* (2) Confirmat hoc vocula adverſativa *ſed*, ut ſcilicet ſenſus ſit, uſucaptos quidem eſſe ſervos, *ſed* reſciſſa uſucapione venaliciarium non inutiliter Publiciana acturum: Adſtipulatur (3) ratio ab JCto allegata, quod *non oporteat venaliciarium ob errorem aut imperitiam hæredum damno affici*, quæ ratio neceſſario ſupponit aliquam actionem venaliciario ibi conceſſam eſſe. Atque hæc lectio (4) probatur in antiquiſſimo quodam codice Ranconetti. Vide *Gloſſ. ad d. l. 57.* Sed & (5) rationi hic magis ſequendum quam Codicibus, utpote cum omnes fere varient, nam in Florentina legitur *non utiliter*, in Haloandrina *inutiliter*, in aliis *utiliter &c.*

His ita præmiſſis dicimus mangonem, qui citra ſuam culpam, & cum commercii ſui cauſa abſens eſſet, ex errore, & imperitia hæredum, ſervos amiſit, contra hanc uſucapionem reſtituendum eſſe ex clauſula generali *ſi qua juſta cauſa fuerit.* Et tum, reſciſſa uſucapione, eum ſervos mediante Publiciana vindicare poſſe.

Neque tamen præciſe opus eſt, ut duo hæc remedia ſeparatim, & ſucceſſive inſtituat: ſed ſufficit ſi ipſam rem petat, tunc enim implicite petit, ut prius reſcindatur uſucapio, & tum res reſtituatur: Uti compendioſus hic procedendi modus ab ipſo Imperatore in terminis ita commendatur in §. 5. *Inſt. de Act. Si quis cum reipublicæ cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, uſuceperit; permittitur domino, ſi poſſeſſor reipublicæ cauſa abeſſe deſierit, tunc intra annum reſciſſa uſucapione NB. eam petere, id eſt, ita petere, ut dicat poſſeſſorem uſu non cepiſſe & ob id ſuam rem eſſe.*

Hunc ergo proceſſum quoque venaliciario ſuppediat JCtus in *l. 57. Mand. ſed venaliciarium reverſum ex provincia publiciana actione non inutiliter acturum:*

rum: Datur ergo hic publiciana, ſed prævia reſciſſione uſucapionis, quod hic ſupponitur, & tacite ſubintelligitur; Idque apparet (1) ex eo, quod in propoſito caſu licet uſucapio impleta ſit, tamen publiciana domino detur, quod fieri non poteſt, niſi reſciſſa uſucapione, quia alias repelleretur exceptione juſti dominii: Atque hinc (2) quoties res uſucapta repetitur, perpetua formula eſt, reſciſſa uſucapione rem repeti, ut in *l. 35. pr. O. A. L. 3. C. teſt. mil. d. §. 5. act.* Quin actioni tacite & implicite id ineſt, dum enim rem repetit, idem eſt ac ſi dicat poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id rem ſuam eſſe. *d. §. 5.*

Neque Obstat, quod in *d. l. 57.* emtoribus exceptio juſti & ex uſucapione quæſiti dominii detur contra venaliciarium, ibi: *cum exceptio juſti dominii cauſa cognita detur.* Unde videtur probari (1) publicianam venaliciario non dari, ſed eum repelli exceptione juſti dominii. (2) Non reſcindi uſucapionem, ſed in ea potius exceptionem juſti dominii fundari.

Resp. In *d. l. 57.* exceptionem juſti dominii non dari emtoribus contra mandantem, qui publiciana agit, ſed ipſi venaliciario mandanti, contra emtores: quod ex ratione ſubjecta apertum eſt, *neque oporteat eum qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam hæredum affici damno.* Dubium autem omne hæret in voce *exceptio:* quæ non videtur applicari poſſe ad mandantem, utpote qui hic actor eſt, & qui publiciana agit, ſed ad emtores qui excipiunt ſe uſucepiſſe, juſtoſque dominos eſſe. Reſp. Vox *exceptionis* ſumitur pro replicatione, *nam replicatio eſt exceptio actoris, l. 2. §. 1. l. 22. §. 1. ff. except.* Adeoque proceſſus hic eſt: Mandans contra emtores publiciana agit, emtores excipiunt ſe uſucepiſſe, mandans replicat uſucapionem reſcindendam ob juſtam abſentiam, eaque reſciſſa rem ſuam eſſe, quæ eſt exceptio juſti dominii & hactenus jus mandantis potius eſt: Atque hac ratione textus, qui hactenus inextricabilis viſus eſt, citra ullam correctionem clarus eſt.

LIB. XVII. TIT. II.

PRO SOCIO.

Qv. I. *An in ſocietate univerſali omnium bonorum alter ſociorum ex communibus bonis filiam dotare, filio ſtudioſo ſumtus præſtare &c. poſſit, licet alter liberos non habeat?*

Laut. pag. 291 verb. *Idem eſt in erogatione &c.*

Affirm. *L. 73. §. 1. h.* Neque adeſt iniquitas, quia alter Sociorum ita diſpoſuit, & ſi nolit in tali communione manere, ſemper recedere poteſt. *l. 39. §. 3. Fam. erc.*

Obj.

Obj. (1) *l. 81. h.*

Resp. Loquitur de societate bonorum, sive negotiorum, non vero de universali omnium fortunarum; illa enim in dubio contracta intelligitur. Vid. *q. 4.*

Obj. (2) *d. l. 73. §. 1.* Ubi tales erogationes non præstantur, nisi ita conventum sit.

Resp. Verba illa, *ut quicquid erogetur, vel quæreretur, communis lucri atque impendii esset*, non continent limitationem, sed explicationem; scilicet declaratur, qualis sit societas omnium fortunarum, de qua ibi agitur, & quam describit JCtus, ut intelligatur ejusmodi contracta societas, in qua, quicquid erogatur, vel quæritur, commune est; *Bachov. ad Tr. h. th. 8. lit. A.*

Obj. (2) Quod istæ sint speciales plane impensæ, de quibus in contrahenda societate actum non videtur; de illis enim tantum erogationibus & damnis actum videri, quæ societatem respiciunt, & ejus occasione emergunt.

Resp. Hoc verum est in societate omnium negotiationum, quæ quæstus causa fit, non vero in societate omnium fortunarum. Nam in hanc quædam, causam societatis non respicientia, imputari, probatur ex *l. 39. §. 3. Fam. erc.* & *l. 52. §. f h.* Vid. *Bach. d. l.*

Obj. (4) Quod nimia hæc sit inæqualitas.

Resp. Ita partes disposuere. *Et* discedere potest socius, si hæc conditio ei non placet: Conf. omnino *Bach. d. l.*

Atque hæc est communis sententia, in praxi quoque recepta; & præjudicium exhibet *Felic. alleg. loc. apud Lauterbachium p. 291.*

Qv. II. *Quomodo differat societas bonorum, a societate universali omnium bonorum?*

Laut. pag. 291. verb. bonorum simpliciter &c.

Resp. (1) Quod *illa* sit omnium negotiationum, *hæc* universarum fortunarum. *L. 73. h.* (2) *Illa* tantum quæstus causa fit, *l. 7. h. hæc* omnia onera & commoda communicat. *d. l. 73.* Ideoque (3) *illa* non obtinet nisi in rebus in quibus quæstus esse potest, *d. l. 7.* quæstus autem est qui ex opera descendit; *l. 8. h. hac* contra continentur omnia, etsi non ex opera sociorum quæsita, ut hæreditas, legata &c. *L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 73. pr. h.* Conf. *q. præc.*

Qv. III. *An etiam societas omnium bonorum facto contrahatur, si de animo constet?*

Laut. pag. 292. verb. Hic etiam sufficit ad societatem societa- &c.

Affirm. *Harpr. ad pr. Inst. h. n. 13. arg. l. 4. pr.* ibi: *societatem coire & re & verbis*, junct. *l. 5. h.* ubi statim subjicitur, *universorum quoque bonorum*

societates contrahi: Accedit, quod voluntas æque quin magis, factis ac verbis declaretur. *L. 5. ff. rem rat. hab.* Atque hinc si duo simul habitent, & communiter rebus sine distinctione diu utantur, onera communiter solvant, aut si omnia bona communiter comparaverint, eaque communiter administrent, omniaque in communes rationes referant, societas omnium fortunarum contracta colligitur. Conf. omnino *Berger. h. q. 2. Laut. in Colleg. h. §. 7.*

OBJ. *L. 73. §. 1. h.* ubi id specialiter actum esse debet.

RESP. Specialiter id actum esse non tantum ex verbis, sed ex factis apparet: Quanquam in Belgio talis societas, extra conjuges (vide *Berger. d. l. p. 284.*) prohibeatur, idque ab antiquo ita constitutum ait *Grot. Introd. 3. c. 21.*

QV. IV. *An in dubio societas omnium bonorum, an omnium negotiationum contracta intelligatur?*

Laut. pag. 202. verb. In dubio &c.

RESP. In dubio præsumitur contracta societas bonorum simpliciter, sive omnium negotiationum; non vero illa universalis. (1) Quia in societate omnium bonorum continetur quædam donatio, quæ non præsumitur. (2) Quia præsumitur secundum regularem negotii naturam; at societas regulariter & natura sua quæstus causa fit. *L. 7. l. 8. seq. h. arg. L. 57. h.* (3) Non præsumitur id quod difficile est, grave autem est socium de nullis suis rebus disponere posse. (4) Atque hinc societas universalis non dicitur contracta, nisi specialiter hoc actum sit. *L. 3. pr. h.*

EXC. Nisi ex facto alius animus appareat. Vide *q. præced.*

QV. V. *An in societate universali res postea quæsitæ communicari debeant judicio societatis?*

Laut. pag. 292. verb. Postea acquisita &c.

RESP. Communicari debent imputatione, non vero traditione. Nam inita societate omnia statim tradita tacite censentur. *L. 1. §. 1. L. 2. h.* & cum unam domum adeoque & unam custodiam communiter habeant, contradictio videtur, rem tradi quæ jam in mea custodia est.

OBJ. *L. 74. h. L. 52. §. 16. h.* Ubi socius omnia bona inferre debet.

RESP. Non per traditionem, sed referendo ad communes rationes.

Aliud est in societate particulari. *L. 74. ff. h.*

QV. VI. *Si in societate alter res conferat, alter operas, an ipsa sors, an vero tantum quoad usum ea censeatur communicata?*

Laut. pag. 292. verb. Si ab una

AFFIRMATUR posterius: (1) Quia ex natura societatis res domini manent, & tamen conferuntur ad lucrum. *§. 2. h. L. 58. pr. h.* (2) Uti opera hic manet

manet ejus, cujus fuit, ita & sors, utpote cum qua opera comparatur: (3) Sequeretur inde absurdum, quod ille qui operas contulit, in continenti discedere, & sic dimidiam sortis sibi vindicare posset.

parte res conferatur &c.

Exc. Nisi aliud actum appareat. *d. l. 58. pr. h.*

Cui vero Obstat, quod id agi non possit, cum nemo societatem contrahendo dominium rei suæ amittat; id enim societas non est, *d. l. 13. §. 1. L. 5. in f. h.*

Resp. (1) Non ex natura societatis id est, sed ex pacto, ut in societate omnium bonorum. (2) Non amitti dominium, sed ita communicari potest, ut pro re mea, quæ v. gr. tertiam partem facit, consequar tertiam ex toto pro indiviso; ut si alter tres habeat equos, ego unum, ita communicatio fieri potest ut quadriga vendatur, & ego quartam partem habeam.

Sed porro Insto: Quod societas donationis causa contrahi nequeat.

Resp. Tota non potest contrahi donationis causa, ut nec emtio, *L. 36. Contr. Emt. l. 5. §. 1. h. l. 20. §. 1. locat. l. 18. pr. don. l. 16. §. 1. Min.* at pars remitti potest, *L. 38. Contr. Emt.* Idem quoque in societate omnium bonorum contingit.

Unde quæritur, cui illo casu sors pereat?

Laut. pag. 293. verb. unde hoc in casu &c.

Resp. Regulariter perit ei qui sortem confert, quia res perit ei cujus est. *L. 9. C. pign. act.*

Exc. (1) Si id actum est, ut pro rata sors communicetur, de quo est *L. 58. pr. h.* Si enim sors est communis, tum & commodum, & onus, adeoque & periculum, commune fit. (2) Si societatis causa perit: *L. 52. §. 4.* Ut si pecunia in merces impensa hæ perierint; *L. 58. §. 1. h.* nam omne lucrum & damnum quod occasione societatis contingit communicari debet. *d. l. 52.*

Qv. VII. *Quænam proportio observetur inter socios; an Geometrica, an Arithmetica?*

Resp. Proportionem *Geometricam* servari, ratione collatæ pecuniæ numeratæ, cujus certa æstimatio est; quod tum probat textus in *l. 6. Pro soc.* ubi id arbitrio boni viri congruum esse dicitur, hoc autem juris & æqui regula est: Tum ratio certa, quia sors cuique sua manet; Ergo & quisque ex sua sorte lucrum capit, non ex alterius parte: Si igitur alter 200. alter 100. contulit, & 30. lucri inde quæsita sint, 20. ex 200. & 10. ex 100. quæsita censentur, & ita proinde tribuenda sunt, quæ est proportio Geometrica; excepta tamen societate universali, cujus natura est, ut proportiones æquales fiant, quia uti omnia, ita & excessus ille, quem alter haberet, communis fit.

Laut. pag. 293. verb. Secundum quantitatem &c.

OBJ. *L. 29. princ. ff. Pro soc.* Ubi æquales partes constituuntur, nec fiunt proportionatæ, nisi cum ita pacti sunt socii.

RESP. Ponitur ibi initio collationes æquales esse, ut patet, quia deinde in altero membro demum sequitur casus de inæquali collatione rei vel usuræ: Sensus igitur legis hic est: Partes si non sunt expressæ, videri æquales: quod si vel simpliciter omnium bonorum societas inita, vel æquæ sortes collatæ sint, semper ita obtinet, & perpetuum est, per jam dicta: Si vero alter forte plus operæ, vel alterius rei contulerit, hoc, cum incertæ æstimationis adeo sit, non potest nisi pacto definiri, de quo agitur in membro sequenti; indeque si aliter pacti sint, & alter plus altero contulerit, partes non amplius erunt æquales, sed proportionatæ. *d. l. 29. in fin. princ.*

An igitur si æqualia contulerint, non possunt pacto fieri inæquales partes?

RESP. Possunt; *§. 1. Inst. h. t.* sed tum pro parte valet ut donatio, etsi enim societas donationis causa non valeat, *l. 5. h. t.* tamen pro parte valet, *l. 38. De Contr. Emt.*

QV. VIII. *An societas donationis causa contrahi possit?*

Laut. pag. 293. verb. *Nam & donatio &c.*

RESP. Tota non potest, *l. 5. in f. h.* at remissio partis fieri potest pacto adjecto. *l. 38. contr. Emt.* Vide *q. praeced. in fin.* Et tum pactum contractui bonæ fidei adjectum format actionem ex ipso contractu; atque hinc agitur ex tali pacto donationis actione pro socio.

QV. IX. *An partes possint conferri in arbitrium socii vel tertii?*

Laut. ibid. verb. *Si societas ea conditione &c.*

AFFIRM. Quia non ipsa obligatio in socii arbitrium confertur, sed saltem definitio partium. *L. 6. l. 75. & seq. h.* At id tum verum est, quando illi arbitrantur. *L. 75. h. l f. C. Contr. Emt.* Nam alias ipsa societas nulla est, *l. 75. d. l f.* quia deficit conditio, sub qua societas inita est. Quid si arbitrentur, sed inique?

RESP. Tunc reducitur eorum sententia ad arbitrium boni viri, de quo supra *tit. de Arbitris q. 1.* Nam in omnibus bonæ fidei negotiis id semper intelligitur, ut licet certæ personæ decisio commissa sit, non tamen illa pro lubitu decidere possit: Sed ideo elegisse eam creduntur partes, quia eam bonum virum putant, si ergo manifesta iniquitas appareat, merito reformari potest. Non autem iniquitas manifesta est, nisi excedat duplum veri pretii, ex *l. 2. C. resc. vend.* Conf. omnino *tit. Fam. Erc. q. 7.*

OBJ. *L. 13. C. Contr. Emt.* Ubi non potest definitio pretii in partis arbitrium conferri.

RESP.

Resp. Hoc inde est, quia pretium emtionis pertinet ad substantiam obligationis, quæ in arbitrium partis conferri nequit.

Qv. X. *Quid sit reductio ad arbitrium boni viri?*

Laut. pag. 293. verb. ad boni viri arbitrium.

Vid. *supr. L. 4. tit. 8. q. 8. & seq.*

Qv. XI. *Qualis culpa hic præstetur?*

Laut. pag. 294. verb. Latam & levem &c.

Resp. Novam hic sententiam, at legibus conformem, tuetur *B. Par. in Tract. de Culp. D. 2. Ass. 2. & 3. & Collat. ad Struv. Coll. 7.*

Nam ex ejus sententia culpa, quæ in societate præstatur, ratione *effectus* est culpa levis, ita ut non omne id quod interest (quod in dolo & lata culpa præstatur), sed sola damni æstimatio præstetur. *l. 5. §. 2. commod.* At ratione *formæ* tantum est lata, ita, ut tunc tantum teneatur socius ad illam æstimationem, si maxima negligentia damnum dedit; quod patet tum ex *l. 23. ff. de Reg. Jur.*, ubi in emto, locato, pignore, &c. (in quibus levis culpa præstatur) diligentia præstari dicitur, in societate autem eam non præstari, sed culpam tantum, adeoque minus: Non est autem minus levi culpa, quam culpa lata, nec culpa absque diligentia media aliud quid quam culpa lata. Idem patet ex collatione *§. pen. Inst. quib. mod. re cont.* cum *§. fin. Inst. de Societ.* Ubi eadem descriptio est culpæ in deposito, & in societate: Culpa autem depositi est lata: Item ex *l. 25. §. 16. ff. Fam. erc.* Ubi socius tantam præstat diligentiam in re communi quam in suis. Ergo tantum latam culpam; quia minorem curam rebus alienis adhibere quam suis, semper est lata culpa. *l. 32. ff. Depos.*

Unde & patet sententia *d. l. 32.* in qua hoc ipsum dicitur. Etsi enim culpa in se, vel ut ajunt in abstracto (id est, si non quæritur de diligentia hujus vel illius hominis, sed hominum in genere) tres gradus sint; tamen in concreto (id est, si de certi hominis diligentia quæritur) gradus culpæ non numerantur, sed semper lata culpa est, quando ille minorem diligentiam in alienis quam suis adhibet, etsi adhibeat magnam diligentiam, quia non ideo lata culpa est, quia maxima est negligentia, sed quia major quam in propriis; adeoque cum aliqua proæresi conjuncta est, cum propositum sit minus curare aliena quam propria, quod fraude non caret, *d. l. 32.*

Qv. XII. *An socius damnum datum resarcire debeat, sine compensatione lucri, quo alia occasione auxit societatem?*

Laut. pag. 294. verb. Et si ex una parte auxerit &c.

Affirm. Quia lucrum acquirit societati, at damnum sua culpa accepit, quod alii nocere non debet. *L. 26. h.*

 Obj.

OBJ. *L. 11. Neg. Gest.* ibi: *pensare lucrum cum damno potest.*

RESP. Agitur ibi de damno non negligentia sed casu dato.

QV. XIII. *An socii certæ tantum rei, vel negotiationis, habeant beneficium competentiæ?*

AFFIRM. Si respectu ipsius rei, & sic actione pro socio conveniantur. *d. l. 63. pr. h.*

OBJ. *L. 16.* ibi: *Qui pro socio conveniuntur, socium autem ibi omnium bonorum accipiendum.*

RESP. Quæstio ibi est, cui personæ simpliciter & regulariter beneficium competat, non in qua actione; & recte dicitur socio omnium bonorum. *d. l. 16.* Hic enim quomodocunque conveniatur, convenitur tanquam socius, & sic actione pro socio: Secus in socio certæ rei, vel negotiationis, nisi & hic ex ipso negotio societatis; adeoque actione pro socio, conveniatur. *d. l. 63. pr.*

QV. XIV. *Si ignorans socii mortem aliquid egit, an actio detur etiam ratione lucri?*

Laut. pag. 295. verb. *Si ignorans socii mortem &c.*

AFFIRM. *L. 65. §. 10. h.*

OBJ. Quod in allegata lege idem hic obtinere dicatur, quod in mandato; at mandatum tali casu tantum sustinetur, ne procurator ignorans damnum patiatur, non vero ut lucrum capiat.

RESP. In mandato etiam non agitur de lucro communicando: Comparatio autem in *d. l.* fit juxta cujusque negotii naturam, ut, quemadmodum in mandato ratione hæredis obtinent ea, quæ mandati natura requirit, ita & in societate ad hæredem pertineant, quæ hujus contractus natura exigit. *Struvius Evol. ad th. 41. h.*

QV. XV. *An societas pœnitentia unius finiatur, & quæ ejus rei ratio?*

Laut. pag. 295. verb. *Et unius renunciatione &c.*

RESP. Supra jam dictum *tit. de Pact. q. 9.* Obligationem non ex sola voluntate oriri, nisi necessitas quoque accedat, & animus transferendi juris appareat, *l. 3. §. 1. ff O. A.* tunc enim alteri in quem jus translatum est, aliquid abest, quod ex generali juris regula ei tribuendum est. Conf. *B. Par. de Jur. pœnitend. S. 2. ʃ. 3. & 4.* Quoties ergo partes mentem suam ita exponunt, ut appareat se obligatos esse, i. e. se jus commutatum, & in alterum translatum velle,

velle, toties producitur obligatio, seu jurium commutatio. *ibid. 5.* Unde merito JCti omnium obligationum fundamentum non in voluntate, sed in συνάλλαγματε, i. e. commutatione jurium posuerunt. *d. l. 3.* §. *1.* & hoc συνάλλαγμα *Causa* quoque, scil. obligationis, vocatur, *l. 7. ſ. 2. pact. d. S. 2. ſ. 6.* Quamdiu ergo vel talis commutatio juris non apparet, vel negotium, quod de ea agitur, imperfectum est, natura partes pœnitere possunt; nam cum nondum sit e consensu obligatus, libere recedere, i. e. pœnitere potest; quia illam libertatem præstanti non nisi obligatio, quæ uti dictum ex commutatione juris oritur, tollit. *d. S. 2. ſ. f.*

Hinc ergo apparet in contractibus nominatis regulariter pœnitentiam cessare, quia ea nomina jure gentium inventa sunt, ut iis significetur certum negotium, quod voluntatem transferendi juris in alterum indicat. Excipiuntur autem tres species contractuum nominatorum, in quibus nihil juris in alterum transfertur, sed onus tantum negotii gerendi alii in favorem domini committitur. *S. 3. ſ. 1. & 2.* Uti (1) MANDATUM, in quo mandatarius nihil juris consequitur, sed onus saltem gerendi ad utilitatem mandantis suscipit: Cum ergo hic non sit συνάλλαγμα, uterque pœnitere potest, & mandans, *ſ. 9. Mand. L. 12.* §. *p. ff. ibid. l. 12.* §. *2. sol.* & mandatarius. §. *11. Mand. L. 22.* §. *f. ff. Eod.* Unde nec ad hæredes mandatum pertinet. *ſ. 10. Mand. L. 57. Eod.* quia obligatio, quæ in defuncto non fuit, in persona hæredis inchoari non potest. *l. 59. R. J.* Excipe si res desiit esse integra, §. *9. 10. 11. Mand.* quod non sit sine aliquo synallagmate, quo alterius facto jus commutatum imminutumque est, tunc enim cessat pœnitentia, & in mandatario, & in ejus hærede. Vid. *d. Sect. 3.* §. *3. 4. 5. & 6. seq.*

(2) SOCIETAS, de hac enim ita disserit *B. Parens d. S. 3.* §. *8.* Ea enim quid aliud est, quam mandatum mutuum, quo quisque socius alteri suæ quoque partis administrationem ad lucrum inde faciendum committit. Ex hoc igitur contractu nullam fieri juris commutationem, eoque nec obligationem oriri, manifestum est; cum quisque socius jus suum, perinde ut ante societatem fuit, integrum retineat, nec quicquam suæ partis in alterum transeat, sed merum onus alterius quoque partis gerendæ, & lucri quod hujus partis nomine capit, restituendi, invicem commissum sit. Unde est quod hic quoque socii pœnitere possint. §. *4. societ. L. 4.* §. *1. L. 63. ſ. f. L. 65. ſ. 3. ff. pro socio.* Nisi durante societate jus alterius imminuatur: forte quia commodum aliquod ex gestione ad socium pervenerit, quod cum pro parte meum sit, mihique desit, communicari debet. *L. 7. ff. pro soc.* vel quia culpa socii damnum passus est, & suo minus habet *L. 52.* §. *2. ff. Eod.* Conf. late *B. Par. d. S. 3.* §. *9. & 10.* Hoc restituto, cessat synallagma, indeque tuto pœnitere potest. *d.* §. *10. S. 3.*

(3) DEPOSITUM: Nam hic quoque ex contractu nulla est juris imminutio, sed omne jus deponentis integrum manet, nec quicquam juris, ut in commodato, sed merum onus custodiæ, quod in favorem deponentis suscipitur, transit: Unde pœnitere ei licet. *L. 1. §. 45. depos. B. Par. d. S. 3. ∫. 11.* ubi plenius rem explicat.

Digna hæc duxi, ut ex egregia & eruditissima disputatione *B. Parentis* excerpantur, quia nullibi hæc principia obveniunt, nec in omnium manibus disputatio versatur.

Qv. XVI. *Quisnam sit sensus Legis 69. ff. h. t.?*

Præmittendum hic est dictam *L. 69. pro socio* Crucem JCtorum vulgo vocari, deque ejus sensu tot fere esse sententias, quod capita: Verba illius legis hæc sunt:

Cum societas ad emendum coiretur & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas præstaret: eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito, cum eo agendum est.

Mirum autem hic primo intuitu videtur, quod socii ex vendito agant, cum ipsi sint emtores & ad emendum contracta sit societas: Sed omnem difficultatem tollit explicatio Doctissimi *Pagenstecheri*, scilicet, inter socios duo acta fuisse (1) ut unus epulas præstaret, & (2) reliquos a negotio (scilicet emtionis, nam ad emendum coivere) dimitteret; adeoque solus emeret; si jam ille epulas non solvit, convenitur a sociis actione pro socio, ex pacto contractui bonæ fidei adjecto. *L. 7. ff. Pact.* Et præterea, quia solus emit, ipse quoque a venditoribus (non vero a sociis) convenitur actione venditi. *Dn. Pagenst. in Disp. ad L. 69. ff. pro soc.*

Quam misere hanc legem torqueant Dd. ex variis illis explicationibus apparet, quas vide apud *Goth. ad d. l. & Pagenst. d. disp.*

DE SOCIIS CUM EXTRANEIS CONTRAHENTIBUS.

Qv. I. *Quid hic singulare sit in sociis cum extraneis contrahentibus?*

Laut. pag. 296. ad Rubricam.

RESP. Nihil, nam ea quæ juris communis sunt hic obtinent, & materia per se clara diversitate casuum a Doctoribus intricatur. Omnia vero his principiis continentur.

Socius ex suo contractu cum extraneo solus agit, quia alii per alium actio acquiri

acquiri nequit: *L. 74. ff. h. arg. l. 71. §. 1. h. Laut. p. 296. lit. K.* Et solus quoque convenitur, quia alium pacto meo obligare non possum. *arg. d. l. 67. §. 1. arg. l. 28. L. 52. §. 5. h. Carpz. p. 2. c. 17. def. 12. n. 1. Laut. d. l.* At invicem socii agunt ad communicandum lucrum vel damnum. *L. 74. h. L. 67. §. 1. h.*

Exc. (1) Si socii sint correi, tunc unusquisque agit & convenitur in solidum. *L. 9. C. si cert. pet. Laut. pr. h.* (2) Si unus sociorum præpositus sit, tunc reliqui tenentur ex lege præpositionis. Rationem dedi *supra tit. de Exerc. act. quæst. 2.* Vid. *L. 1. in fin. & Leg. seq. de Inst. act. Laut. pag. 297.* (3) Si in rem communem versum sit; *L. 82. h. Laut. p. 297. lit. L.* tunc enim reliqui tenentur de in rem verso.

Qv. II. *Si socius secundum societatis legem contraxit, an creditori detur actio adversus reliquos socios, licet versio non probetur, nec præpositus sit?*

Negatur: Nam nemo ex suo facto alium obligare potest; abhorret ab hac sententia tota ratio juris civilis, ubi perpetua obligatio est inter solos contrahentes. Atque ita in praxi obtinere testatur *Laut. pag. 297. in fin. Mev. p. 3. tit. 9. a. 5. n. 4. ad Jus Lubec.* ubi late Dd. Atque hinc merito *Carpz. p. 2. c. 17. def. 12.* notandus, qui socios simpliciter & semper in solidum esse obligatos contendit, verum & ratio juris, uti ante jam dictum est, ei obstat, & ipse quoque loquitur expresse de casu, ubi pecunia in communem societatis usum versa est, quo casu omnino in solidum tenentur. Vid. *q. præced.*

Laut. pag. 279. verb. Imo etiam hoc in casu.

Obj. (1) Quod socii unam repræsentent personam.

Resp. Nullibi hoc dicitur.

Obj. (2) Quod de substantia societatis sit communio bonorum, & quod illa confusio faciat totum corpus utrinque commune, *L. 7. §. 8. A. R. D. §. Si duorum ff. R. D.*

Resp. Bona ipsa non sunt communia, sed solum lucrum ex illis bonis invicem communicatur *supra q. 7.* Neque talis confusio per societatem fit, qualis in allegatis textibus describitur, qua duæ res diversæ ita confunduntur, & commiscentur, ut amplius separari nequeant.

LIB.

LIB. XVIII. TIT. I.

DE CONTRAHENDA EMTIONE, ET DE PACTIS INTER EMTOREM ET VENDITOREM COMPOSITIS, ET QUÆ RES VENIRE NON POSSUNT.

QV. I. *Quando partes in ſcriptis contrahere voluiſſe videantur?*

Laut. pag. 298. verb. *tum partes non obligantur.*

RESP. Quoties apparet contrahentes non aliter voluiſſe obligatos niſi ſcriptura perfecta: *Pr. Inſt. de Emt. Vend.* De eo autem conſtare non tantum ex verbis poteſt, ſed etiam ex factis & circumſtantiis; Regula illa probatur (1) quia voluntas & conſenſus factis æque ac verbis exprimi poteſt. *L. 32. §. 1. de Legib. L. 52. ſ. p. & fin. de O. & A.* (2) In nullo pacto verba præciſe ſunt neceſſaria, ſed id proprium eſt ſtipulationi. Unde (3) nullibi in toto jure requiruntur verba, ſed potius ubique in legibus ſolum placitum partium ut ſcripto fiat deſideratur; *pr. Inſt. h. L. 17. C. de fid. Inſtr.* quod placitum æque factis ac verbis declaratur: Si proinde nullus alius conſenſus quam ſcriptura conſtans apparet, uti ſi conditiones emtionis emtori ſcripto communicantur, hic quibusdam mutatis eas venditori remittit, partes in ſcriptis contrahere voluiſſe cenſentur. Vid. *B. Par. in Diſp. de Differ. pact. & ſtip. S. 1. ſ. 4. Gloſſa & Sichard. in d. l. 17.* Legi merentur ſcripta, quæ circa hanc controverſiam inter illuſtrem *Strykium* & celeberrimum *Leyſerum* ortam prodiere.

Effectus hujus rei eſt, quod ſi partes in ſcriptis contrahere voluiſſe appareat, non aliter perfecta ſit emtio, (etſi de pretio conventum ſit), quam ubi ſubſcriptio utriusque partis ſecuta eſt, cum ante de conſenſu non conſtet, ſed meri ſint tractatus: Nec dici poteſt præceſſiſſe alium conſenſum qui in ſcripturam ſaltem redigitur; cum nullus ſit conſenſus præter ſcripturam, in hac ergo declaratur conſenſus, non in eam redigitur. Neque partibus propoſitum erat paciſci, aut emere vendere, ſed ſcripto contrahere, & negotium ipſis propoſitum, ex quo obligari voluere, non fuit pactio, vel nuda emtio venditio, ſed ſcripto facta venditio. Atque hinc quamdiu aliquid ſcripturæ deeſt, cauſa obligationis deficit, negotium eſt imperfectum, indeque liberum eſt partibus pœnitere. *d. pr. d. l. 17. dict. Diſput. S. 1. §. 4. & de Jure pœnitendi Sect. 2. & 3.*

OBJ. Quod arrham tamen perdat ille, qui ſcriptura nondum perfecta recedit; *d. l. 17.* at arrha eſt argumentum contractæ emtionis. *pr. Inſt. Emt.*

RESP.

Resp. Imo in ſcriptis contractibus eſt argumentum contrahendæ emtionis, quia ideo arrha intervenit, ne fruſtra videantur convenire, & ut eo magis pœnitentia impediatur. *d. l. 17. d. pr. junct. §. 1. Emt.*

Qv. II. *An emtio ſit perfecta ſtatim ac de pretio conſenſum eſt?*

Resp. Perfecta eſt emtio ex quo de pretio & re inter partes convenit. *pr. Inſt. de emt. vend. L 2. ſ. 1. h. L. 1. ſ. 2. rer. perm.* Ex hoc tempore periculum & commodum eſt emtoris. *L. 7. pr. & l. 8. pr. peric. & com.*

Laut. pag. 289. verb. *perficitur &c.*

At eo ipſo nondum conſummatum eſt negotium, ad id enim requiritur, ut & pretium ſolutum & res tradita ſit: *L. 1. C. Quand. lic. ab emt. L. 2. ff. de reſc. vend. L. 7. §. 6. pact.*

Effectus hujus rei eſt (I) quod *ante conſummationem* negotii partes recedere a contractu poſſint, ita ut infecta fiat emtio. *L. 2. ff. de reſcind. vend. d. l. 1. d. l. 7. l. 58. pr. ff. de Pact. Poſt conſummationem* (i. e. ſoluto pretio, & traditione ſecuta) ſi partes conveniant, quod alter rem hic pretium reſtituere debeat, non reſolvitur prius negotium ſemel abſolutum, ſed nova erit emtio. *L. 1. C. Quand. lic. ab emt. reced. d. l. 58. in fin.*

Uſus inſignis hic eſt: Sereniſſimus conceſſit ſpeciali privilegio pupillæ, ut rem feudalem emere, eamque jure allodii ei poſſidere liceat: illa emit, partem pretii ſolvit, ſed res ei tradita non eſt; poſtea partes receſſere ab hoc negotio, & convenerunt, ut venditor retineat rem, & pretium reſtituat; quærebatur; an venditor privilegio illo gaudeat? & an ille jure allodiali poſſidere fundum poſſit? & recte id negatum fuit; non enim nova emtione res ad priſtinum venditorem redit, ſed infecta eſt prior emtio, res in priſtinum ſtatum reſtituitur, & ſic defecit cauſa & conditio privilegii, nam pupilla non emit fundum.

(II.) Hinc dominium quoque non transfertur in emtorem, niſi re tradita, adeoque omnes effectus dominii penes eum manent, is ſolus vindicat, actione furti agit &c.

(III.) E contrario re quoque tradita emtor dominus non fit niſi pretium ſolutum aut ſatisfactum ſit. §. 41. *Inſt. de Rer div. L. 19. ff. Contr. emt.* quia tradita res eſt ſub lege, quæ quamdiu non impletur, habetur pro non facta.

Sed & præter illam perfectionem *eſſentialem*, alia eſt *accidentalis*, ad effectum *periculi*; hoc enim non transfertur, niſi conſtet quid, quale & quantum venditum ſit. *l. 8. pr peric. & com. rei vend.* Si proinde *ad modum* venditus eſt fundus, v g. 100. jugera, & antequam modus manifeſtetur, 10. alluvione accedant, hæc acceſſio prodeſt venditori, quia ejus quoque periculum eſt, adeo

ut sit interim, & antequam modus manifestetur, aliquid decedat, id præstare emtori debet. *L. 13. §. 14. Act. emt.*

Qv. III. *An aliquis cogi possit ad emendum vel vendendum?*

Laut. pag. 298. verb. Interdum tamen &c.

Regulariter NEGATUR. *L. 11. L. 13. L. 14. C. Contr. Emt. L. 16. C. Jur. del. l. 70. de Rei Vind. L. 9. de Act. rer. am. L. 2. C. ut nem. lic. in emt. specier. L. 71. h.* Nam perficitur consensu hic contractus, indeque pugnat cum eo necessitas, *L. 116. R. J.* omnisque contractus ab initio voluntatis esse dicitur, *L. 17. §. 3. Commod. L. 5. C. O. A. L. 15. C. de jur. delib.* quod falsum est si invito altero fiat. Nemoque jus in alterius res vel actiones habet, indeque me ut res meas ipsi vendam, nemo cogere potest; neque ego alium, ut res meas emat, adigere possum.

Atque hæc regula in EMTORE vix patitur exceptionem, nisi forte obsidione cingatur civitas vel peste sit infecta, tunc enim civibus injungi solet, ut certam quantitatem comestibilium comparent &c.

At facilius ad VENDENDUM quis compelli potest. Idque (1) si publica utilitas vel necessitas id requirat, *arg. 2. f. 52. L. 3. C. de primipil. L. 51. in f. ff. ad L. Aquil. c. 3. in fin. de sent. & re jud. in 6. L. 2. C. Pro quibus caus. serv. L. 14. §. 1. Quemad. serv. am. Gail. L. 6. O. 56. Brunn. ad L. 3. de off. Præt. n. 8.* Ubi tamen justissima & gravissima causa requiritur. Vid. *1. Reg. 21. vers. 2. & seq. Schultz. de Vendit. necess. c. 2. § 5. & late seq.* Unde ob favorem publicum (α) vicinus cogi potest iter ad sepulchrum justo pretio vendere. *L. 12. pr. relig.* Quod (β) extenditur ad comparationem cœmiterii. *Brunn. ad d. l. 12. pr. de Relig. & L. 11. C. de servit. n. 11.* Sed & (γ) ipsum sepulchrum alii vendi debet, si homo mortuus illatus sit. *L. 7. pr. Religios.* (δ) Dominus suam domum justo pretio vendere tenetur, si ea commoda sit ad ecclesiam exstruendam. *arg. l. 14. § 1. Quem. serv. am. & L. 12. pr. relig. Hahn. ad Wes. de C. E. V. n. 5. Stryk. V. 1. disp. de Dardanariis c. 3. Struv. Ex. 23. th. 6.* (ε) Idem est si munitiones sint augendæ vel instituendæ. *Stryk. d. l. Pufend. de J. N. & G. L. 8. tit. 5. §. 7.* (ζ) Via publica fluminis impetu amissa, vicinus eam præstare tenetur. *L. 14. §. 1. Quem serv. am.* præjudicium refert *Köpp. q. 59. n. 15.* (η) Domini nimis crudeles in servos, vendere eos bonis conditionibus tenentur *§. 2. Inst. De his qui sui vel &c. L. 2. ff. Eod. ibique Brunn.* Idem quoque de nobilibus tradunt Doctores, quod si nimium in rusticos sæviant, jurisdictionem vendere teneantur. *Mynf. cent. 5. O. 8. Gail. L. 1. O. 17. n. 2.* (θ) Annonæ tempore cogi quis potest, ut merces & victualia exponat venalia, *Mynf. cent. 5. O. 27.* etsi Ecclesia sit, *L. 2. C. Ut nem. lic. in emt. spec.* vel Princeps. *Papon. L. 6. tit. 1. Arrest. 4.*

Exc.

Exc. (2) Ob favorem fisci, metallarii. *L. 1. C. de Metallar.* Item debitores civitatis, qui vendita maxima bonorum parte, quod reliquum est vendere quoque tenentur, ne res publica duos debitores exigere teneatur. *L. 2.* verb. *ab eo autem &c. C. de Debit. civit. ibique Brunn. n. 7.*

Exc. (3) Si testamento hæredi mandata fuit alienatio, *L. 66. de leg. 1. ff. 4. de Legat. &c. L. 49. §. pen. & ult. de legat. 1.*

Exc. (4) Statuto vel consuetudine necessitas vendendi alicui injungi potest, uti si nobilis ad indigentiam suæ familiæ opus habet cibariis, rusticus aliquibus in locis compelli potest, ut domino ea vendat æquo oblato pretio. *Mev. p. 2. dec. 279. Brunn. ad L. 2 ff. de Nund. Mull. March. resol. 106. n. 18.* ita pariter in Marchia rustici domum suam nobili vendere tenentur, si ipse domum nullam habeat. *Muller. March. resol. 100. n. 14. Köpp. q. 44. n. 38. & 41.* Alios casus late recenset *Dn. Schultz. in Disp. de Vend. necess. c. 2. per tot.*

Not. Hæc omnia ita intelligenda sunt, ut & justo pretio vendantur. Vid. *alleg. Dd.* & ita, ne ipse venditor sit periturus. *L. 2. vers. nullus C. ut nem. lic. C. J. A. tit. C. E. V. th. 33.*

Qv. IV. *An, si quis uno pretio duos servos emerit, altero jam ante venditionem mortuo in uno constet emtio?*

Negatur: Nam pretium tantum certum est in duobus, in uno vero non est definitum: Idque ita traditur *L. 44. h.*

Laut. pag. 299. *in fin.* verb. *sic si quis duos.*

Obj. *L. 57. pr. h.* Ubi domo vendita valet emtio, etsi pars combusta sit.

Sed Responsio patebit ex *q. seqq.*

Qv. V. *An, si res emitur, quae non exstat, tota emtio nulla sit?*

Affirm. *L. 15. pr.* ibi: *nulla emtio est. L. 34. §. 1.* ibi: *eorum nulla venditio est.*

Laut. pag. 300 verb. *si domus exusta.*

Obj. *L. 34. §. 3. in f. L. 62. §. 1. L. 70. h.* Ubi agi potest ex tali negotio, licet res tempore contractus in commercio non fuerit.

Resp. Nulla est emtio ratione rei, neque ad eam consequendam agi potest: At id tamen valet, ut ex dolo agi possit; quia in negotiis bonæ fidei agitur non tantum ad rem, sed præterea ad omne id quod interest *ff. f. Inst. h.*

Exc. (1) Si pars major, vel media, rei exstet, tunc enim valet emtio, & major pars trahit minorem, *L. 57. pr. h.* & si media supersit, in dubio potius fit interpretatio, ut contractus subsistat.

Exc. (2) Si pars minor ſaltem exſtet & venditor id ſciverit, valet utrinque: Jam enim intereſſe, ad quod tenetur venditor ſciens, junctum cum parte exſtante, majorem partem efficit, & præponderat ei, quæ periit: ſecus ſi emtor quoque ſcivit, tunc enim dolus dolo compenſatur. *d. l. 57. §. f.*

Exc. (3) Liberi hominis emtio valet, ſi ſolus emtor, vel uterque ignoret liberum eſſe, *priori* enim caſu venditor ſciens dolo fecit, indeque valet ad eum effectum, ut ad id quod intereſt venditor teneatur; *hoc* caſu utrinque venditio valet, *L. 70. h.* & ratio additur in *L. 4. L. 5. & L. 62. §. 1. h.* Libertas enim non ex fronte legitur, & liber homo difficillime a ſervo dignoſcitur; adeoque ibi juſta eſt ignorantia.

Cui tamen valde Obstat (1) *L. 1. §. 9. O. A.* ubi inter ignorantes non valet ſtipulatio *liberum hominem dari oportere.*

Resp. Aliud in ſtipulatione, aliud in emtione obtinet; in emtione enim ſufficit habere licere, *L. 30. ſ. f. Act. emt.* licet res ſit aliena, vel ſerva; nam ſufficit ſi de evictione caveat eamque caſu eveniente præſtet. Vide *Laut. pag. 364.* Sed in ſtipulatione agitur *liberum hominum dari oportere:* hoc jam impoſſibile eſt; quia dominium rei alienæ transferri nequit. Adeoque liber homo bona fide haberi at non dari poteſt.

Insto, quod in *L. 4. h.* emtio liberi hominis & rei ſacræ comparentur; at emtio rei ſacræ eſt ipſo jure nulla, etſi inter ignorantes fiat. *L. 22. L. 23. h.*

Resp. Comparantur in caſu, quando emtor neſcivit, venditor vero ſcivit, tunc enim ille agit contra venditorem ſcientem, non quidem ut transferat rem in emtorem, ſed ut præſtet id quod intereſt. *§. f. Inſt. h.*

Qu. VI. *An res futuræ quoque emi & vendi poſſint?*

Laut. pag. 300. verb. futuras directe &c.

Affirm. Et quidem quatuor modis. (1) Emi & vendi poteſt alea; v. g. captus piſcium, tunc ſola ſpes emitur: Hanc ſpem autem æſtimari poſſe egregie demonſtravit *B. Par. in Diſp. de aſſecur.* §. 28. & 29. Nam æſtimatio ſpei eſt æſtimatio ipſius rei, vel commodi, in eventum percipiendi, ſed cujus pretium valde imminuitur incerto eventu: & quo major ſpes eſt, eo majus quoque erit pretium. *d. §. 28.* Uſus hujus rei maximus eſt in aſſecuratione, ubi pro magnitudine periculi pretium conſtituitur. Vid. *dict. Diſp. §. 7. §. 12. §. 27. ſ. 28. ſ. 29. ſ. 32.*

Effectus eſt, quod totum pretium debeatur, licet nihil exſtiterit. Nam ſpes emta eſt, *L. 8. §. 1. h. L. 12. act. Emt. L. 8. ſ. f. per. & com.* Niſi venditoris culpa vel dolo nihil captum ſit. *d. L. 12. L. 21. pr. Emt. Laut. p. 301.*

(2) Emi & vendi poſſunt fructus naſcituri. Ubi non nuda ſpes, ſed ipſa

res

res emta eſt; at ineſt ei tacita conditio, ſi aliquid natum fuerit: uti hæc differentia ab emtione aleæ explicatur *d. l. 8. pr. & §.* Hoc caſu ergo totum pretium non aliter debetur, quam ſi aliquid natum eſt; ſi nihil, deficit emtio, quia deficit tacita illa conditio. *d. L. 8.* Vide late Dd. apud *Laut. p. 300. lit. D.* niſi culpa venditoris deficiant. *d. l. 8. pr. Laut. d. l.*

(3) Emi & vendi poſſunt certæ quantitates fructuum pendentium: Si v. g. 100. modii frumenti ex agro pro 50. florenis emuntur: tunc valet emtio, ſed tantum ſi ibi exſtant 100 modii, totum pretium debetur: Si vero minus ibi eſt, detrahitur pretio, quantum minus natum eſt. *L. 39. §. 1. h.*

(4) Emi & vendi fructus poſſunt in herbis, hæc emtio pura eſt, nam non futuros emit fructus, ſed præſentes immaturos, & certi fructus ſunt, ſed quantitas indefinita: Atque hinc valet hæc emtio, ita ut omne periculum ſit emtoris. *L. 78. §. f. h. L. 25. act. Emt.* quia ſtatim fit dominus: Unde totum pretium debetur licet poſtea integri fructus pereant. In *Ord. Pol. de anno 1571. tit. 19.* hoc negotium prohibetur, idque ob favorem agriculturæ.

Qv. VII. *An, ſi quis captum retis emit, emiſſe quoque videatur aurum quod forte extrahitur?*

RESP. Videndum quid actum ſit: In dubio de piſcibus ſaltem actum videtur, quia retia ſunt piſcium tantum cauſa non auri, adeoque de eo quod per jactum retium capi ſolet, ſaltem contractum præſumitur: Cauſa controverſa fuit apud *Sueton. Lib. de clar. Rhetor. c. 1. in f. Ærod. rer. jud. L. 4. tit. 7. c. 1.* Pro emtoribus decidunt *Vigelius Cent. 1. Reſp. 47.* & alii apud *Laut. pag. 301.*

Laut. pag. 301. verb. Modo non aliæ rei &c.

Qv. VIII. *Si quantitas tantum demonſtrationis cauſa adjiciatur, & inveniatur plus vel minus, an pretio id addi vel detrahi debeat?*

RESP. *Emtor* nihil addit pretio, etſi plus inveniatur quam dictum eſt, quia pretium in quantitatem non eſt conſtitutum ſed in fundum: Si minus invenitur, *Venditor* integrum pretium petere nequit, ſed emtor id quod deeſt detrahit pretio, quia venditor ex ædilitio edicto præſtare tenetur quicquid de re affirmavit, per *L. 17. §. f. de ædil. edict.* & hoc conſtat ex *L. 42. act. Emt.* ubi ſi in uno (cum duo venditi ſunt) minus eſt, id ſuppleri debet, niſi in altero tanto magis ſit, tunc enim compenſatur ex æquitate. Idem in *L. 13. §. 14. Act.* dicitur.

Laut. pag. 301. verb. & adimplenda licet &c.

OBJ. (1) *L. 20. §. 2. h.*

RESP. Ibi ad menſuram venditum, quo caſu non eſt dubium, quin pro rata quanti pretium debeatur.

OBJ. (2) Quod eadem ratio ſit in venditore quæ in emtore, cum non certa quantitas ſit vendita, ſed corpus ſuis conſtans limitibus; atque hoc etiam traditum eſt, licet quantitas obiter adjecta haud exacte congruat. *Struv.* §. *13.*

RESP. Imo ratio diverſitatis in eo eſt, quod venditor id quod affirmavit ex ædilitio edicto præſtare debeat, quæ ratio ceſſat in emtore.

Noſtram ſententiam tuentur *Covaruv. pract. qu. c. 3. Mantic. de tac. & amb. Conv. L. 4. t. 17. n. 19. ſeq. ibique Dd. Franzk. tit. de act. emt. n. 119.* Vid. *Müll. ad Struv. ſ. 13. in f.*

DISSENTIT *Struv.* §. *14. h. ibique Evol. & Laut. p. 301. fere in f.* ibique plurimi Doctores. Et hanc eſſe communem Dd. ſententiam praxi receptam ait, de hac praxi quoque teſtatur *Frantzk. tit. act. emt. n. 110. Afflict. deciſ. 68. Rauchb. 21. n. 9.*

Qv. IX. *Cujus loci menſura inſpici debeat?*

Laut. pag. 302. verb. ſpectari debet menſura &c.

Ex profeſſo hanc quæſtionem tractavit *B. Parens in Diſp. de fund. in territor. jurisd. tit.* 10. §. *9.* verba ejus hæc ſunt:

Equidem quæſtio hæc non tam juris eſt quam voluntatis & facti, & eo recidit, quam menſuram partes intellexerint; quia ambiguitas ſaltem eſt in voce, quæ duplicem menſuram notare poteſt, adeoque ex circumſtantiis mens contrahentium colligenda eſt, inprimis ex comparatione pretii, cui nimirum menſuræ pretium illud magis conveniat, majori an minori *per text. eleg. in l. 1. ff. de Reb. dub.* item ſi conſenſum in alterius loci menſores, videtur intellecta menſura quam illi callent. Quod ſi vero de mente partium nihil apparet, admitti debet omnino in dubio communior Dd. ſententia, intelligi menſuram loci contractus: Cum enim favore commerciorum & contractuum, cujuslibet loci ſtatutis, vel uſu, menſuræ & pondera definiri ſoleant; neque vero de rebus, quæ pondere vel menſura æſtimantur, contrahi poſſit, niſi modus eorum ſtatuto determinatus ſit, ideoque modus ille ad formam contractuum pertineat, ſequitur in eo reſpici debere ad ſtatuta loci contractus, præſertim cum ideo quilibet magiſtratus ſtatutis modum definiat, ut actus & negotia, quæ in iſto territorio geruntur, expediri poſſint. Probaturque hoc manifeſte per *l. 34. ff. de Reg. Jur.* per quam ſi non pateat, quid actum ſit, ſequimur, quod in regione, in quo actum eſt, frequentatur. fac. *l. 71. ff. de contrah. emt. & l. 6. ff. de Evict. Bart. in d. l. ſemper in ſtipulationibus 34. n. 2. Ferrar. Pract. in libell. venditionis verſ. Perticarum centum n. 5. Cagnol. in d. l. 34. n. 5. Anchoran. lib. 2. quæſt. 63. ubi Oldradum & Alciatum*, pro menſura

loci

loci rei ſitæ diſputantes allegat, & prolixis ambagibus nihil fere agit, niſi ut confuſe oſtendat, quæ opinio ſit communior, cum Alciatus ſuam communem dixiſſet: quaſi non juſtum æquumve, ſed hominum opiniones conſcientiam obligent.

EXCIPIMUS autem negotia, quæ in diſpoſitione unius conſiſtunt, uti teſtamenta, & vota, ſi iis res quædam ſub certa menſura vel pondere forte comprehenſa eſt: in iis enim non intelligitur in dubio menſura ejus loci, ubi negotium actum eſt, ſed ubi teſtator vel vovens verſati ſunt: Nam cum illi ſoli negotium agant, nihil quæritur, niſi quid ipſi voce, qua circa menſuram vel pondus uſi ſunt, intellexerint. *l. 71. l. 72. ff. de Legat. 3.* quo caſu conſtat, ſi non appareat propria loquentis conſuetudo, morem regionis, in qua verſatus eſt ille, exquirendum eſſe; quia ejus loci linguæ aſſuetus eſt, in qua verſatur, eamque loquitur. Atque ita de teſtamentis deciſum eſt in *l. 50. §. fin.* ibi: *deinde regionis in qua verſatus eſt ff. de Leg. 3. l. 21. §. 1. in fin. ff. Qui teſt. fac. poſſ.* De votis autem in *C. ex parte 18.* ibi: *menſuram cum qua emunt & vendunt X. de cenſib.* Unde concluditur, ſi ex eodem loco contrahentes quoque omnes oriundi ſunt, ejus loci, non vero loci contractus, in loquendo uſum capiendum eſſe, cum eadem omnino ſit ratio: In uſurarum autem quantitate, quæ ex lege eſt, aliud eſſe patet ex *dict. diſp. tit. 7. §. 7.*

QV. X. *An etiam poſt LX. dies in perpetuum menſuratio rei in contractum deductae peti poſſit?*

AFFIRM, Quia actio emti eſt perpetua quæ hic datur, utpote cum ex pacto adjecto agatur. *l. 26. Act. Emt.*

Laut. pag. 302. verb. Etiam poſt 60. dies.

OBJ. (1) *L. 31. §. 22. de aedil. edict.* ibi: *intra 60. dies.*

RESP. Agitur ibi redhibitoria, quæ intra 60. dies datur, ſed hic ex pacto adjecto agitur actione emti, quæ eſt perpetua.

OBJ. (2) *L. 40. h.* ibi: *quo poſt diem 30. renunciaſſet, nihil ei profuturum.*

RESP. Agitur ibi de menſuratione, quæ vi pacti intra 30. dies fieri debebat, ſi emtor ea omiſſa modo renuntiet, non amplius tenetur venditor. *Goth. ad d. l. 40. Bachovius alleg. l.*

QV. XI. *An emtio ante menſuram ſit perfecta?*

AFFIRM. Quoad perfectionem eſſentialem, non vero quoad accidentalem. Vid. *ſupr. q. 2.*

Laut. pag. 302. verb. attamen ratione periculi.

QV. XII.

Qv. XII. *An vendita re quae in commercio non eſt, tota emtio nulla ſit?*

Laut. pag. 302. verb. *alias enim contractus &c.*

AFFIRM. Quid vero interſit, an emtor, an venditor ſciverit, explicatum eſt ſupra *q. 5.*

Qv. XIII. *An, ſi uterque ignoravit rem non eſſe in commercio, venditor teneatur ad intereſſe?*

Laut. pag. 302. verb. *niſi talem eſſe ignoraverit uterque.*

Ita putat *Laut. p. 392. lit. F.* at verius eſt contractum eſſe ipſo jure nullum, quia nec res, nec intereſſe doli eſt; nam cum dolus non ſit, nec ad ejus intereſſe agi poteſt. Conf. *L. 1. §. 9. O. A. l. 15. pr. l. 34. §. 1. l. 57. ſeq. h.* Exemplum ejus rei vidimus *ſupra q. 5.* in domo exuſta; paria autem ſunt rem non eſſe aut in commercio non eſſe. Et juxta hanc Autoris ſententiam non daretur caſus, quo emtio rei, quæ in commercio non eſt, nulla eſſet, niſi cum uterque ſcit.

Qv. XIV. *An, ſi ſolus emtor ignoraverit rem venditam non eſſe in commercio, emtio venditio valeat hactenus, ut venditor teneatur ad intereſſe?*

Laut. pag. 302. verb. *vel ſolus emtor.*

AFFIRM. *L. 4.* ibi: *Emtio intelligitur ſi ab ignorante emitur. L. 70.* ibi: *quod idem placet ff. h. t.* Nam tunc dolum facit venditor, quod ſciens rem talem vendat, unde ad id quod intereſt tenetur. Vid. *ſupr. q. 5.*

OBJ. *L. 62. §. 1. h.* ibi: *licet emtio non teneat.*

RESP. Non tenet ad id, ut venditor pretium petere poſſit, & emtor illud pro re præſtare; ſed ad id, ut agere poſſit ad omne id, quod intereſt deceptum non eſſe, omnino valet. *d. l. 62.*

Qv. XV. *An res furtivæ quoque ſint res extra commercium?*

Diſſent. Laut. pag. 302. *in fin.* verb. *furtivæ.*

NEGATUR: Nam cum res alienæ emi & vendi poſſint, cur non & res furtivæ. Atque hinc in *l. 34. §. 2. h.* etiam in contractum depoſiti res furtiva venire poteſt.

EXC. Si emtor ſciat eſſe rem furtivam, de quo eſt textus autoris in *d. l. 34. §. 3.* Quia hoc ipſo emtor furtum committeret. *d. §. 3.* hoc caſu igitur venditor ignorans agit ad pretium, nec emtori ſcienti ad evictionem tenetur. *d. §. 3.*

Laut pag. 302. verb. *etiam communis.*

Qv. XVI. *An res communis vendi poſſit?*

AFFIRM. Sed pro indiviſo, v. gr. ſeinen Antheil an dem gemeinſchafftlichen Hauſe. *L. 18. pr. pro ſocio. l. 13. §. 17. act. Emt.*

OBJ.

OBJ. *L. 28. Com. div.* ibi: *jure facere quicquam.*

RESP. Loquitur de alienatione quæ pro diviso fit; v. gr. das oberste Stockwerck des gemeinschafftlichen Hauses, hoc fieri nequit invitis sociis, quia illi quoque jus in illa parte habent pro indiviso.

QV. XVII. *An emtio rei alienae valeat licet emtor vel uterque talem esse sciverit?*

RESP. Utroque casu valet emtio; *arg. l. 28. h.* at emtor sciens non agit ad evictionem contra venditorem ignorantem, nam sibi imputet quod emerit: Si vero venditor quoque scivit, tunc nec hic ad pretium agit, & sic dolus cum dolo compensatur. *arg. l. 34. §. 3. h.*

Laut. pag. 303. verb. *Licet alienam esse sciverit &c.*

QV. XVIII. *An emtio rei emtoris propriæ, si ignoraverit suam esse, valeat?*

NEGATUR. *L. 16. h.* ibi: *sive ignorans emi &c.* nam contra naturam est, rem quæ mea est, meam fieri posse.

Laut. pag. 303. verb. *Non etiam res emtoris.*

OBJ. *L. 34. §. 4. h.* ibi: *rei suae emtio tunc valet &c.*

RESP. Agitur ibi de emtione rei suæ in qua aliquid alieni fuit, forte possessio, uti si suum pignus emit a creditore; vel si ususfructus sit alienus. *Laut. p. 303. in f.*

QV. XIX. *An emtio venditio inter gentes tum quoque fieri potuerit, cum nondum nummis uterentur?*

B. *Parens* quæstionem hanc explicat *in Disp. de vero rer. pretio §. 23.* Verba ejus hæc sunt: Anxie autem quæsitum inter Veteres fuit, potueritne emtio venditio inter Gentes tum quoque fuisse, cum nondum nummis uterentur? Id enim *Proculus* & *Nerva* negabant, & secuti eos sunt *Paulus* JCtus in *l. 1. de contrah. Emt. & Imperat. in §. 2. I. de Emt. & vend.* Affirmabant vero *Sabinus* & *Cassius d. l.* Utrinque *Homeri* autoritate usi. Dicendum omnino videtur, emtiones tum quoque inter veteres fuisse a permutationibus distinctas; cum distincta horum contractuum nomina, & ab omni memoria aliud fuerit ἀμοιβὴ, permutatio, aliud ὠνὴ vel ὤνησις πρᾶσις, emtio venditio; quæ ita *Homerus* & Antiquissimi Autores distinxere; prout latius id defendunt *Hottom. Bachov. Vinn. ad §. 2. & Salmas. tract. de usur. c. 13.* Quanquam autem discrimen utriusque contractus, potissimum ab animo contrahentium sumtum, & cum una tantum pars re indigeret, eamque ab alio peteret, emtio; si uterque invicem indige-

Laut. pag. 304. verb. *Pecunia.*

rent, permutatio magis visa fuerit; non dubito tamen, tum quoque, cum nondum nummi usus esset, aliquam distinctionem pretii & mercis fuisse, & regulariter pro mercibus habuisse res utiles, quibus ad usum vitæ carere commode non poterant; pro pretio autem res supervacuas, uti aurum, argentum & similia, quæ cum alius fere usus eorum tum nondum esset, seposuere ad supplendas, si res posceret, indigentias. His itaque supervacuis rebus usi sunt ad comparanda sibi necessaria vitæ, eo magis, quod appendi commode potuerint; & sic appenso argento, ceu pretio, emtiones factæ. *Gen. C. 23. vers. 15. 16. & cap. 42. junct. c. 43. v. 21.* Sæpe tamen res utiles quoque, uti pecudes, vel coria vel pelles &c. pro pretio habuere, cum enim non semper, nec omnibus, inprimis pauperioribus & gregariis militibus, in promtu esset aurum argentumque, & tamen indigerent rebus magis necessariis, res alias, natura quidem utiles quoque, sed quibus ipsi tum vel abundabant, vel minus indigebant, in pretium obtulerunt, habitumque id pro emtione ab animo contrahentium fuit; qui si aurum vel argentum non haberent, vel non satis haberent, alias res, quarum definitior æstimatio erat, quæque facilius in commercium accipi solebant, sibi seposuerunt & reservarunt, ut iis in eventum, sicubi rebus aliis egerent, (uti non possunt non quotidie fere egere) comparare eas quasi pretio possent. Quo in genere maxime fuere pecudes, adeo ut res majoris pretii bobus æstimatæ, & ἐννεαβοῖαι, ἑκατομβοῖαι, novem bobus, centum bobus dignæ dictæ fuerint, uti de armis Glauci & Diomedis, docuit *Homerus L. 6. Illiad. vers. 236.* quod & probat *Plin. L. 33. Hist. c. 1.* Illi autem non videntur probandi autores, qui existimant, hodieque emtionem ita, si partes id agant, fieri posse: inter quos est *Hottom. ad d. §. 2.* Neque vero id sensisse *Sabinum & Cassium* existimo, qui de antiquissimorum temporum moribus disputant. Ex quo enim usus nummorum magis frequentari cœpit, sensim inter gentes obtinuit, ut emtio venditio videretur, quæ pecunia numerata fieret, aliarum vero rerum omnium permutatio esset. Idque JCtorum equidem Romanorum temporibus obtinuisse indubium est. *L. 1. C. de Rer. perm.* Neque vero hodie videri potest aurum & argentum ad alios usus quam ad permutationes, vel comparationes mercium pertinere, ex quo in vulgus quoque poculorum, pelvium, vasorum, quin mensarum & supellectilis quoque usum præbent *L. 1. §. 3. de supell. leg.* quod apud Romanos quoque antiquioris seculi severitas nondum admiserat. *d. l. 1. §. f. l. 7. §. 1. Eod.* Ut adeo nunc non minus mercium loco, quam vina ac vestes haberi debeant, non vero amplius pretii vices obtineri possint. Neque movet textus in *L. 1. C. de R. P.* quem *Hottom.* adducit, ubi *Gordianus* videtur voluisse hodieque emtionem esse, si quis venalem possessionem pro alia possessione emtam velit. Nam Resp. cum ibi possessio venalis fuerit, venditor vero pretio & pecunia numerata venditam voluerit, pretium ipse quidem definitum habuit, sed cum emtor nummos non haberet, aliam possessionem tanquam

quam in solutum accepit, quod omnino instar emtionis est per *L. 9. C. de resc. vend. Dn. Brunnem. ad dd. ll.* Cæterum hæc permutandi ratio, juxta mensuram indigentiæ, in tanta contractuum frequentia, cum maximis difficultatibus luctabatur: cum enim haud facile contingeret, ut, cum egerem re, quam tu habebas, invicem rem haberem, quam tu accipere velles, rarissime convenire inter partes permutandis rebus potuit, cum tamen singulis prope momentis permutationes essent necessariæ, uti hic hominum status recensetur in *L. 1. pr. de Contr. Emt.* Quibus permutationum difficultatibus ut subveniretur, quæsita fuit materia, quæ tam certæ esset quantitatis, ut omnium rerum valorem, licet infinite varium & consequenter ipsam rerum mensuram, indigentiam quoque metiretur. Talis itaque materia si inveniretur, esset ea plane mensura mensuræ rerum, ipsius scil. indigentiæ, quæ satis quidem accurate res metitur, ad difficulter adhiberi & exitum invenire potest, quia is, qui re indiget, non omnes res, quibus & alter pariter indigeat, habet. Unde talis materia requiritur, quæ universalis esset rerum mensura, omnesque res & omnem adeo indigentiam metiretur. Eo enim fieret, ut talem materiam mihi in omnem eventum facile reponere possem, & si qua re indigerem, quam tu habes, non opus esset exquirere, an vicissim haberem, quam tu desiderares cum in promptu esset res, qua quicquid desideras, quod ejusdem sit indigentiæ ac valoris, comparare semper possis. Hinc talis materia non vices tantum indigentiæ in præsens obtinet, sed in futurum quoque quasi pro sponsore est, quo veluti nobis cavetur, eo, si indigentia aliquando inciderit, permutationem fieri posse: quemadmodum præclare sane, si quicquam, id expressit *Aristot. Lib. 5. Ethic. Nicom. cap. 8.*

Qv. XX. *Si res cum pecunia pro alia re promittitur, an in dubio sit emtio?*

Laut. pag. 304. verb. In dubio respiciendum &c.

RESP. Si pretium in totam rem constitutum est, emtio est, licet pactum rei quoque adjectum sit, v. gr. Ich will vor das Haus 100. Rthlr. geben, und eine Wiese oben ein. Si vero pretium in partem rei constituitur, erit contractus innominatus, v. g. Ich will vor das Haus eine Wiese, und 100. Rthlr. geben.

Multum autem interest, an sit contractus innominatus an emtio, tum ratione pœnitentiæ, tum quia hæc est bonæ fidei.

Qv. XXI. *An valeat venditio uno nummo facta?*

Laut. pag. 304. verb. Non enim vendi potest uno &c.

NEGATUR: Simulatur enim donandi causa, & sic opponitur pretio in *L. 10. §. f. A. P.*

OBJ. *L. 66. de Jur. dot.*

RESP. Non ibi donandi causa simulatur emtio, sed remedium proponitur, quo quis usumfructum mediante scil. imaginaria venditione possit uxori solvere.

Vid. *Harprecht. ad pr. h. n. 64. Laut. pag. 304.*

QV. XXII. *An valeat emtio, si convenerint partes quod res justo pretio debeat esse emta?*

Laut. pag. 304. in fin. verb. Hinc non valet venditio.

AFFIRM. Quia justum pretium definiri potest arbitrio boni viri, quod habetur pro certo. *L. 1. §. 2. legat. 2. d. l. 16. §. f. de pign.* Unde etiam valet pretium arbitrio peritorum relictum. *dict. leg.*

OBJ. *L. f. C. h.* Ubi divinatio dicitur.

RESP. Non ibi agitur de clausula *justo pretio*, sed de illa, *arbitratu Titii*, qui si non arbitretur, non recurritur ad arbitrium boni viri, quia mens ea partium ex nulla re apparet, utpote quæ certam personam dixere, non vero ad aliquod arbitrium boni viri provocarunt. Indeque divinatio est, non certum pretium ex consensu.

CONSENTIT *Bus. ad l. 1. in f. Rer. perm.* Ubi id moribus servari ait, ut & *Vinn. §. 1. Inst. h. n. 2.* Quin ipse *Autor* re consentit, dum addit limitationem, nisi res a magistratu certum pretium habeat, nam justum pretium semper a magistratu determinari eoque certum fieri potest.

DISSENTIT *Lauterbachius pag. 304. in f. & 305. in pr. Harpr. §. 1. h. n. 13.*

QV. XXIII. *An valeat emtio pro quantitate quæ in arca est?*

Laut. pag. 305. verb. quantum in arca habeo.

AFFIRM. Quia certa est per relationem. *Arg. L. 6. R. C.*

OBJ. *L. 24. §. f. & L. 51. Leg. 1.* Ubi habetur pro corpore, pretium autem debet esse quantitas.

RESP. Quantitas illa quæ in arca est, potest spectari & ut corpus & ut quantitas.

Vid. *Harp. ad. §. 1. h. n. 4. seq.*

QV. XXIV.

Qv. XXIV. *An definitio pretii possit conferri in arbitrium unius ex contrahentibus?*

NEGATUR: Quia in definitione pretii consistit ratio & substantia contractus, repugnat autem aliquem esse obligatum ex emto, & necessitate adstrictum, & tamen conditionem & substantiam obligationis, quæ in necessitate consistit, in ipsius voluntate esse.

Laut. ibid. verb. *ex contrahentibus emtio.*

OBJ. *L. 24. pr. Loc. L. 7. pr. h. & l. 6. pro soc.*

RESP. Ibi non substantia obligationis, sed operis probatio, vel definitio partium societatis, in contrahentis arbitrium confertur, utrumque fieri potest. Vid. *supr. L. 4. tit. 8. q. 1. & 8.*

Qv. XXV. *An valeat emtio, si pretium in arbitrium tertii conferatur?*

RESP. Non valet si *incerta* sit persona, nihil enim certi esse potest in pretio, ubi ne persona quidem certa est adjecta quæ definiat. *L. f. C. h. L. 25 lo cat.* Neque contraria est consuetudo, nam & *Busius* & *Vinnius* loquuntur de casu & clausula, ubi *justo pretio* vendita est. Vid. *q. 21.* huic enim clausulæ semper inest arbitrium boni viri.

Laut. pag. 305. verb. *tertii.*

Si vero *certa* sit, valet, modo illa arbitretur. *L. f. C. h.* Nam sub conditione videtur contracta emtio, si arbitratus fuerit, qua deficiente ipsa venditio deficit.

Qv. XXVI. *Si determinatio pretii in arbitrium tertii collata fuerit, & is nimis magno vel parvo pretio rem æstimaverit, an tunc judex arbitretur, licet læsio dimidium non excedat?*

NEGATUR: (1) quia si Titius arbitratur, pretiumque definit, perinde est ac si partes ipsæ pretium definiverint; consensere enim sub conditione, quæ jam existit; at certum est partes propter inæqualitatem non posse recedere, nisi dimidium veri pretii excedat. (2) Omne pretium justum est, quod non excedit ejus duplum. *L. 2. C. resc. vend.* Vid. *L. 18. tit. 5. q. 3.*

Laut. pag. 305. *in fin.* verb. *licet læsio &c.*

OBJ. *L. 76. in f. l. 78. & seq. pro soc.* Ubi quælibet inæqualitas partium reformatur inter socios.

RESP. Loquuntur textus de divisionibus rerum, ibi enim nulla pretii ratio vel quæstio est uti in emtione; sed ibi semper certa & absque latitudine inæqualitas est, adeoque ea semper reformatur. Essentia enim emtionis non con-

consistit in pretii æquitate, sed in consensu; non in pretio justo, sed quale partes voluere: Quod secus in partibus societatis, quæ naturaliter æquales constitutæ sunt, adeoque corrigitur definitio partium ab arbitro facta, si arbiter nimis inde recessit: Neque enim essentia societatis in eo est, ut partium consensu definiantur portiones, sed lege ac jure quoque eæ constant. Vid. *supr. L. 10. tit. 2. q. 7. & seq.*

Qv. XXVII. *An in pretio emtionis naturaliter se invicem circumvenire liceat?*

Laut. pag. 307. verb. *Unde in pretio emtionis.*

Admodum invehuntur Doctores, & passim alii quoque, in JCtos Romanos, quod in *l. 16. §. 4. de Min.* partibus sese invicem circumvenire licere statuant, eoque fallaciis & fraudibus fenestram aperiant: Verum sensum hujus legis & rationi & æquitati convenire nova & solidissima ratione explicavit *B. Par. in Disp. de remed. L. 3. C. Com. Utr. jud.* Mens ejus hæc est:

Cum res, quibus utimur, certum ac definitum a natura pretium non habeant, sed varient quam maxime rerum pretia pro vario affectu, indigentia, copia, locis, temporibus &c. *L. 63. §. f. ff. ad L. falc.* facile constat, natura æquale pretium semper esse, quod utriusque partis consensu definitur: at Leges civiles certam latitudinem pretio dedere, omneque æquale dixere, quod non est minus dimidio veri pretii. *L. 2. C. resc. Vend. dict. Disp. S. 2. §. 8.*

Si quis ergo intra illam latitudinem pretium offerat, natura illud justum ac licitum erit, & hucusque partes, licitando pluris vel minoris, circumscribere se posse dicuntur *d. l. 16.* adeoque circumscriptio illa tantum & expresse restringitur ad pretium in *d. l. 16. §. 4.* ibi: *in pretio emtionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumscribere.* Idque in *l. 22. §. f. ff. Loc. Cond.* clare ita explicatur: *Ut concessum sit, quod pluris est minoris emere, quod minoris est pluris vendere, atque ita invicem se circumscribere.* Conf. *d. Disp. S. 2. §. 11.* Ubi ulterius notat *B. Parens* in illis negotiis, ubi de pretio rerum non agitur, nullam penitus circumscriptionem concessam esse, quia ibi incertitudo illa & latitudo pretii cessat, sed omnem ibi inæqualitatem illicitam, & ex *l. 3. C. Comm. utr. jud.* reparandam esse: de quo plene supra *ad tit. fam. erc.*

Qv. XXVIII. *An conditione suspensiva apposita jus aliquod in emtorem transferatur?*

Laut. pag. 308. verb. *Qua expresse apposita.*

Resp. Jus actuale in eum non transfertur. *L. 16. §. p. fidej.* neque peti aliquid potest, cum nihil interim debeatur. *L. 13. §. p. de Pign.* Conf. *L. 213. V. S. &c.* Sed omnino transfertur jus eventuale, quod consistit in necessitate ex-

expectandi eventum, *l. 8. per. & com.* ac in jure vocatur, spes debitum iri; §. 4. *Inst. V. O.* Cujus effectus insignes etiam jure Gentium sunt: Nam creditor moriens jus illud eventuale transmittit ad suos hæredes. §. 4. *Inst. V. O.* §. 25. *Inst. Inut. stip. L. 57. V. O. L. 8. per. & com.* Eaque res in successionibus juris Gentium summam utilitatem habet, nam ex hoc principio linea primogeniti præfertur lineæ secundo geniti, quia primogenito jus succedendi eventualiter quæsitum est, quod cum omni sua qualitate transmittit ad suos descendentes. *B. Par. Disp. de Just. regn. port. pag.* 14. Unde porro sequitur recedere debitorem & pœnitere non posse; *dict. l. 8.* nam expectare eventum debet. Atque hoc jus eventuale est aliquid æstimabile & in bonis esse dicitur *l. 73. §. 1. L. falc.* Unde spes illa tanquam merx emi, vendi, ac in alium transferri potest. Quod plenius excussit *B. Par. in Disp. de Assecurat.* §. 24. *seq.* Alios effectus vide apud *Lauterbachium p. 51. lit. E.* Conf. *supra q. 6.*

Qv. XXIX. *Si emtio sub conditione sit contracta, an, ea pendente, conditio usucapiendi vel dominium transferatur?*

NEGATUR de utroque: Non enim transfertur CONDITIO USUCAPIENDI, quia obligatio nondum nata est, & sic titulus emti non est ante existentem conditionem; sine titulo autem non procedit usucapio. *L. 4. pr.* ibi: *negat eum usucapere posse. ff. de in diem addict.* Neque transfertur DOMINIUM, quia non præcedit justa causa, sine qua dominium transferri nequit. *L. 31. pr. d. A. R. D.* Unde nec fructus ad emtorem pertinent, *L. 4. pr. de in diem add.* & cum non sit in conditione usucapiendi, multo minus fiet dominus. *arg. L. 74. h.*

Laut. pag. 308. verb. *Neque tum transfertur &c.*

Utrumque verum est, etsi pars putet conditionem exstitisse; *L. 2. §. 2. pro Emt. l. 8. pr. de per. & com.* nam error falsæ causæ non prodest ad usucapionem, §. 11. *Inst. de Usucap.* & plus est in veritate quam opinione.

Exc. (1) Si emtor justam habeat causam opinandi conditionem exstitisse, vel certo exstituram esse, tunc enim usucapit pro suo, *arg. L. 2. §. 16. l. 11. ff. pro Emt.* Atque hinc sponsus dotem spe nuptiarum datam usucapit pro dote, *L. 1. §. 2. pro dote.*

Exc. (2) Si id actum sit, ut statim dominium transeat; *L. 7. §. f. l. 8. l. 9. pr. J. Dot.* de quo est *l. 16. de solut.* ubi solvens *dedit*, id est dominium transtulit, ita ut existente conditione in solutum cederet, non vero ut tunc demum dominus fieret. Ergo statim fit dominus ex voluntate & traditione, tum quia est sufficiens titulus & usucapiendi & dominium acquirendi, tum quia in dote præsumitur statim dari, *d. l. 8.* & postea demum fit dominus ex solutione.

Videtur autem ita quoque actum, si uterque sciat non exstitisse conditionem;

nem; nam si nihilominus res traditur, partes videntur communi consensu a conditione recessisse, eoque quasi purificatur emtio. *arg. L. 53. R. J. L. 56. Cond. ind. L. 8. Jur. dot.*

Atque hinc (1) non Obst. *d. l. 1. §. 2. pro dot.* ibi: *etsi alienae sint, usucapi possunt.* Nam

Resp. Ibi justa causa est opinandi futuras esse nuptias, sponsalibus quippe contractis, unde usucapit pro suo. *l. 2. §. 16. pro dote.*

Obj. (2) *L. 7. §. f. l. 8.* ibi: *nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi ut statim &c. l. 9. pr. J. dot. d. l. 1. §. 2. pro dote* ibi: *ut statim res ejus fiant.*

Resp. Agunt de casu, ubi aliud & id actum est, ut statim dominium transeat.

Obj. (3) *L. 16. in f. solut.*

Resp. Ibi quoque hoc actum fuit, ut statim res transiret, tum propter vocem *dedit*, tum quia in dubio id actum præsumitur.

Aliter Resp. *Dn. Bergerus h. quæst.* 13.

Obj. (4) *L. 2. §. 2. Pro Emt.* (quæ evertere videtur exceptionem primam.)

Resp. Agitur ibi de regula, quod error falsæ causæ non pariat exceptionem, neque jus aliquod pendente conditione transferat, sed excipitur, si justa opinandi causa sit, ut in *l. 1. §. 2. pro dot.*

Qv. XXX. *An pactum in continenti, tum etiam adjectum intelligatur, cum in exitu contractus, antequam tamen partes divertant ad alium actum extraneum, adjiciatur?*

Laut. pag. 309. verb. *immediate in ingressu &c.*

Affirmatur: Nam quamdiu partes nondum discessere, addi potest pactum & hoc erit ejus pars; unumque negotium per continentiam. *L. 7. §. 5.* ibi: *in continenti pacta subsecuta sunt. L. 3.* ibi: *vel in continenti secuti C. de ædil. act.*

Obj. *d. l. 7. §. 5. Pact.* ibi: *in ingressu. L. 23.* ibi: *initio: L. 27.* ibi: *tunc cum inchoatur. de R. J. L. 15. C.* ibi: *si in continenti C. de pact.*

Resp. In *d. l. 7.* per ingressum contractus intelligi totum actum quo contrahitur; atque ad eum pertinent omnia, quæ in illa continentia actus geruntur: Ingressus ergo opponitur consummationi, vel ei, quod postea ex intervallo accedit, vide *tit. pact. q. 24.*

Qv. XXXI.

Qv. XXXI. *An pacta adjecta in essentialibus negotii aliquid mutare possint?*

NEGATUR: (1) Quia nuda pacta non tollunt negotium semel rite constitutum. *L. 34. pr. Mand. L. 11. Relig. L. 6. l. 27. ff. 2. Pact.* Sed (2) pactum adjectum tantum format ipsam actionem bonæ fidei. *d. l. 7. §. 5. Pact.* Et hoc sensu (3) mutari, reformari, quin & tolli id, quod in contractu promissum est, potest. *d. l. 7. §. 6.* per modum scil. exceptionis, quæ ex pacto oritur. *d. l. 7. §. 6. pr.* Quin quasi renovatus contractus, & pro parte repetita v. g. emtio, dicitur *ibid.* Atque hinc ex principiis positis (4) deposito adjici non potest pactum ne revocetur, quia hoc ipso essentia negotii tolleretur, quod per pactum fieri nequit. *L. 1. §. 45. & 46. Depos.* Ita (5) ex eadem ratione nec valebit pactum ne precarium revocetur. *L. 12. de Prec.* Uti nec (6) ne recedatur a communione, & ne divisio unquam fiat. *L. 14. ff. 2. Com. div.* quo & (7) pertinet pactum ne in locum religiosum mortuus inferatur. *L. 11. Relig.*

Laut. pag. 309 verb. Si mutant adjiciendo &c.

At si stipulatione pœna adjecta sit, tunc petitur pœna actione ex stipulatu. *L. 11. Relig. ibique Goth.*

OBJ. (1) *L. 27. §. 2. Pact.* Ubi contractus bonæ fidei nudo pacto tolli potest.

RESP. Loquitur de novo contractu, qui totam obligationem perimit: verb. *idem dicemus & in bonæ fidei contractibus si pactum conventum totam obligationem sustulerit v. gr. emti, non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed NB. proficiet pactum ad novum contractum.*

OBJ. (2) *L. 36. ff. Contr. Emt.* Ubi si quis pretium ponit donaturus, non valet emtio.

RESP. Hoc non inde est, quasi pactum donationis tollat essentiam emtionis, sed quia negotium simulatum est, adeoque non valet ut donatio, quia partes noluere donare, nec ut emtio, quia tota emtionis substantia, definitio nimirum pretii, &c. deficit. *L. 3. L. 9. in f. C. de Contr. Emt.*

OBJ. (3) *L. 5. §. 1. de Præscr. verb.* Ubi si rem do, ut rem accipiam, non est venditio, licet partes id emtionem dixerint.

RESP. Ibi non agitur de pacto negotio alicui adjecto, sed de permutatione, quæ a partibus vocatur emtio; & dicitur non mutari hoc negotium ex falsa denominatione. *L. 6. Si cert. pet.*

OBJ. (4) *L. 6. §. 1. Act. Emt.* Ubi non valet venditio insulæ sub lege, ut reficias aliam insulam meam.

RESP. Ideo non valet, quia ipsa venditio nulla est, nam illa refectionis lex non est pretium: adeoque deficit definitio pretii, indeque substantia contractus.

Quid si pactum adjectum proprium nomen contractus induat, an illud contractum tollere poterit?

NEGATUR: Uti id plenius probavi, *supra tit. Pact. q. 19. p. 208.* Egregium Exemplum exstat in *L. 5. §. 4. Præscr. verb.* Ubi valet mandatum cum pacto depositi, & tamen inde non agitur ex deposito, sed ex mandato. Conf. *l. 1. §. 12. depos.* Atque ita in *l. 24. ff. depos.* deposita pecunia valet pactum, ut uti liceat sub usuris; hoc casu erit depositum cum pacto mutui, & usuræ non condictione certi, sed ex ipso contractu depositi petuntur. Conf. *L. 25. §. 1. Eod.* Ita in *L. 34. Mand.* manet mandatum, etsi pactum mutui sit adjectum: alia exempla vide in *tit. de æstimatoria q.*

EXC. Si stipulatio accessit, tunc enim si id actum est, prior obligatio tota exstinguitur. *L. 27. ff. 1. pr. pact. L. 6. C. si cert. pet.* & hoc est quod dicitur *in d. l. 27.* in stipulatione jus versari, in pactis factum. Vide *Disp. 11. B. Parent. De jure & facto th. 20. & 21.*

OBJ. (1) Quod pactum mutui ex intervallo accedens contractui depositi efficiat mutuum, *L. 9. §. f. R. C.* nedum ergo si in continenti accedat.

RESP. Imo ibi id agitur, ut prius negotium tollatur, nam partes novum contractum mutui ineunt, & per constitutum possessorium pecunia, quæ ex causa depositi penes debitorem fuit, tradita videtur ex causa mutui.

OBJ. (2) *L. 48. Pact.* Ubi quodlibet pactum traditioni adjectum valere dicitur.

RESP. Verum hoc est, & semper valet vel ut accessio, vel ut proprium negotium. Alia quæ obstant resolvimus *supra tit. de pact. q. 19.*

QU. XXXII. *An pacta in continenti adjecta contractui producant ex eo actionem?*

Laut. pag. 310. verb. datur ad ea actio ex contractu.

Lauterbachius hoc simpliciter affirmat: Nos distinximus in titulo de pactis, an adjecta sint contractui bonæ fidei, & quidem in continenti, atque tum producere actionem diximus *tit. de pact. q. 9.* An vero adjecta sint contractibus stricti juris, & posteriori casu actionem ex ipso contractu non oriri dixi *d. tit. q. 20.* Ubi simul omnia dubia remota, & nec praxi hæc sublata esse, demonstratum est. Idque præjudiciis quoque firmat *Phil. Us. pr Inst. L. 3. Ecl. 38.* Neque enim differentia inter negotia bonæ fidei & stricti juris hodie obsole-

ſoleta eſt; nam & ipſe *Lauterbachius* ait *pag.* 193. hodieque in negotiis ſaltem ſtricti juris deferri jusjurandum in litem.

OBJ. Quod interdum actio præſcriptis verbis detur. *Laut. p.* 310. (1) per *L.* 2. *C. pact. inter emt. & vend. L.* 12. *de Præſcr. verb. per L.* 50. *ff. h. t.* (2) per *L.* 6. *C. reſc. vend.*

RESP. His jam ſatisfactum eſt *ſupra tit. de pact. q.* 19.

Qv. XXXIII. *An pacta in continenti adjecta etiam contractibus ſtricti juris inſint a parte rei, & ipſo jure obligationem minuant?*

AFFIRM. Vid. *tit. de Pact. q.* 21.

Qv. XXXIV. *An etiam pacta ex intervallo adjecta contractui bonæ fidei ita ei inſint, ut producant actionem ex ipſo contractu?*

NEG. *ſup. tit. de Pact. q.* 22.

Laut. pag. 370. verb. *intervallo.*

Qv. XXXV. *Quomodo pactum de emendo differat ab hoc contractu emtionis?*

RESP. Differt in eo, quod emtio ſit contractus, unde plena obligatio utrinque oritur; Pactum de emendo vero eſt negotium imperfectum, unde jure Civili nulla obligatio, ſed jure prætorio demum exceptio oritur, ſcil. ſi animus ſe obligandi apparet. Vid. *ſupr. tit. de Pact. q.* 10. & 11.

Laut. pag. 311. verb. *Quomodo pactum de emendo &c.*

Unde ex tali nudo pacto, quo apparet ante perfectum contractum partes ſe obligare voluiſſe, hodie actio datur ad id quod intereſt. *B. Par. in Diſp. de diff. pact. S.* 1. §. 21. ubi refert præjudicium ex *Berl. Dec.* 143. *n.* 6. 13. & 15. Ubi quis promiſit bey ſeinen wahren Worten, Treu und Glauben, auch eydlich, innerhalb Jahres-Friſt, oder auch eher, da es dem Käufer gefällig, ſein Haus zu verkaufen. Ibi ergo promittens, tenetur ad intereſſe, etſi contractus non ſequatur.

Qv. XXXVI. *An venditor ex pacto retrovenditionis agens habeat tantum actionem perſonalem ex vendito contra emtorem, an etiam rei vindicationem contra tertium poſſeſſorem?*

Laut. pag. 312. verb. *actio perſonalis ex vend.*

RESP. Tantum actionem perſonalem habet, ſcil. ex vendito, (quia pacta adjecta contractui bonæ fidei producunt actionem ex ipſo contractu), quæ non datur contra tertium poſſeſſorem. Neque enim rei vindicatio ei dari poteſt, quamdiu conditio illa reſoluta inter contrahentes non eſt, quia dominus

 eſſe

esse desiit. Idque non tantum in terminis traditur in *l. 2. C. Pact. int. emt.* ibi: *teque parato satisfacere conditioni dictæ hæres emtoris non paret : ut contractus fides servetur actio præscriptis verbis*, (cur vero duplex hic actio concurrat, dictum est *sup. p. 207.*) *vel ex vendito tibi dabitur*, sed & communiter Doctores ita sentiunt, *Berl. p. 2. c. 2. n. 13. & 14. ibique late Dd. Carpz. p. 2. c. 1. def. 17. Laut. p. 321. Struv. Ex. 23. th. 43. ibique Müller.* Idque confirmatur exemplo pignoratitiæ, quæ itidem personalis est, & ideo contra tertium possessorem non datur. Vid. *Laut. p. 233.* Unde actori exceptionem obstare, *tibi non competit jus agendi*, ait *Gail. 2. O. 16. Zang. Exc. L. 3. c. 20.* Atque ita Curia Halberstadiensis judicavit in causa Schultzens-Erben contra Küsters Erben.

Quæ objici solent, nullius sunt momenti, & solide refutantur a *Berl. d. l. n. 15. seq.* Qui simul dissentientes refert *n. 12. in f.*

Aliquando tamen venditorem etiam contra tertium possessorem agere posse quidam existimant, & plurimos casus refert *Berl. d. l. n. 17.* Scil. (1) si pactum ita sit conceptum, ut, si venditor pecuniam pretii offerret, & redimeret, liceret ei recipere rem suam. (2) Si pactum verbis directis sit conceptum, v. g. si pretio eodem recipere voluero, res inemta esto. (3) Si emtor non exstat. (4) Si prædium sit avitum, jure protimiseos, vindicari posse statuunt.

At omnes hæ exceptiones merito suspectæ videntur *Struvio d. §. 43.* nam quod *priores duas* attinet, implere prius conditionem, offerre pretium, vel illud deponere tenetur: Quo facto verum quidem est, resolutam esse emtionem, & rem redire in statum quo ante venditionem fuit, indeque venditorem resoluta emtione, tanquam dominum, rem a quocunque possessore vindicare posse; sed hoc non tantum in duobus istis casibus, verum in omni venditione cum pacto de retrovendendo obtinet, quia dominium non pure est translatum, sed cum illa conditione retrovenditionis, qua existente redit dominium ei ue cohærens rei vindicatio: Quod *tertiam* exceptionem attinet, illa mere cerebrina est: Si emtor non exstat, vel edictaliter citatur, vel curator bonis constituitur, venditor jura sua probat, offert pretium, & illud deponit, quo facto tanquam dominus rem vindicat a quocunque possessore. *Quarta* exceptio plane videtur frivola; non enim jus protimiseos jure agnationis allegare potest cum ipse alienaverit. Neque id opus est, sed si emtori restituat pretium, potest tanquam dominus, resoluta quippe emtione, rem vindicare a quocunque possessore.

DISSENTIT *Berl. d. l. ibique late Dd. dissentit quoque Carpz. p. 2. c. 1. def. 47. ubi præjudicia in contrarium affert.*

Qv. XXXVII.

Qv. XXXVII. *An hæc actio tantum detur contra emtorem, si rem in potestate habeat?*

NEGATUR: Sed datur illa actio contra emtorem, etsi rem emtam in potestate non habeat. Nam ipse Autor asseruit actionem hanc esse personalem; notum autem est actiones personales dari contra personam, sive habeat rem, sive non; & in eo differunt a realibus. (2) Pacta adjecta producunt actionem ex ipso negotio, *l. 7. §. 5. pact.* adeoque hoc pactum venditioni adjectum producit actionem venditi; certum autem est actionem venditi dari contra emtorem, etiamsi nihil possideat.

Laut. ibid. verb. *ad rem si illam in sua potestate &c.*

Qv. XXXVIII. *An actio illa venditi ex pacto illo retrovenditionis locum tantum habeat, si pactum certum pretium contineat?*

NEGATUR: Sed agi potest, etsi pretium additum non sit: (1) Quia agitur actione ex vendito, adeoque non ex novo, sed pristino contractu, ibi vero certum pretium est constitutum, quod repetitum proinde intelligitur, donec per pactum adjectum mutatum non apparet. (2) Non potest in actionem ex contractu emtionis venditionis novum pretium venire, ita enim actio daretur extra negotium, & ultra id quod conventum esset. (3) Hoc ipso pactum hoc retrovenditionis eludi posset, si emtor tantum posceret pretium, in quod alter consentire nunquam posset. Vide *Dd. in l. 22. ff. R. C.* Conf. *q. 40.*

Laut. pag. 312. verb. *Et pactum certum pretium &c.*

Qv. XXXIX. *An emtor præcise retrotradere rem debeat, an vero liberetur præstando id quod interest?*

RESP. Præcise tradere debet. Vide *tit. de Pact. q. 42.*

Laut. pag. 312. verb. *præcise tradendum &c.*

Qv. XL. *An venditor teneatur retrovendere eodem pretio?*

AFFIRM. (1) Quia non tenetur ex novo contractu sed ex pristino, adeoque & eo pretio, quod in isto contractu constitutum fuit. Neque (2) in actione ex priori contractu potest agi ad aliud pretium, quam quod in istum contractum venit. (3) Repugnat redemtionem fieri novo consensu de pretio, & tamen ex necessitate prioris contractus. (4) Alias emtor in infinitum æstimando eludere vim pacti posset, quia nemo cogitur vendere justo pretio. *Dd. Comm. in L. 22. reb. cred.* Conf. *q. 38.*

Laut pag. 312. verb. *plura.*

Qv. XLI. *An teneatur venditor, v. g. Emphyteuseos, laudemium restituere, quod emtor solvit?*

NEG. Quia emtor pro consensu emendi, qui secutus est, illud solvit: Adeoque hic duplex laudemium debetur pro duplici consensu, alterum pure,

 ex

ex primo contractu, quod onus emtoris est, adeoque illud non repetit; alterum conditionatum existente retrovenditione, quod onus est venditoris, qui ibi est emtor; quisque ergo proprium laudemium solvit. Vide tamen *tit. seq. q. 4.*

Qv. XLII. *An emtor augmentum alluvionis restituat?*

AFFIRM. (1) Quia non personæ accessit, ut fructus, sed rei; (2) per *L. 23. §. 1. ædil. Edict.* (3) Rem accepit cum omni causa: Ergo ita quoque restituit; Et sic (4) e contrario si quid detractum sit rei, non tenetur ad id emtor.

OBJ. Atqui omnia commoda & onera, & in specie alluvio sunt emtoris. *L. 7. de Per. rei vend. L. 24. C. donat.*

RESP. Hoc verum est; & emtor ejus fit vere dominus, & fructus percipit; At id non quæritur, sed id potius, an debeat illud dominium ex lege retrovenditionis restitui? Resp. Omnino, & quidem cum omni sua causa, quia accessio rei cessit. Nisi usu aliud receptum, ut in Saxonia, quo pertinent præjudicia allegata a *Carpz. 2. 1. 18. Struv. h. t.* Conf. *Thesaur. dec. 140. n. 4. Berl. 2. c. 2. n. 54. Tiraq. de Retr. conv. ad f. n. 92.* qui nostram sententiam de jure veriorem dicunt.

Qv. XLIII. *An emtor, qui ex lege retrovenditionis rem restituere tenetur, fructus pendentes retineat?*

Laut. pag. 312. verb. emtor fructus.

NEGATUR: Sed quia pars rei sunt, *ſ. 44. R. D.* fructus cum re quoque restituuntur; nam uti primus emtor rem acquirit cum fructibus, ita quoque eandem cum fructibus restituere debet secundo emtori, sive retroementi. (2) Retrovenditio est species venditionis, & nova venditio, quod proinde in hac, etiam in illa juris est, at inter omnes constat emtorem acquirere fructus pendentes: Idque (3) plurimis aliis rationibus defendit *B. Par. in Disp. de J. sem. Sect. 3. §. 12.*

OBJ. (1) *L. 7. §. 1. sol. matr.* Ubi fructus dividuntur inter maritum & uxorem.

RESP. Ibi ex alio principio fructus percipiuntur, non jure soli, sed pro oneribus matrimonii, uti videbimus *ad tit. sol. matr.* Vide late *Dn. Cocceji de J. sem. S. 3. §. 4. & 5.*

OBJ. (2) Quod venditor ita lucraretur messem emtoris opera partam.

RESP. Emtor omnes fructuum impensas, & operæ industriæque mercedes deducit. *L. 46. Usur. l. 1. C. fruct. & lit. &c. d. Disp. S. 3. ſ. 13.*

In

In praxi tamen error ex *l. 7.* ortus obtinuit, ut scil. hodie fructus pendentes dividantur inter emtorem & venditorem. *Dn. Coccej. d. Disp. S. 3. §. 5. in fin.* & infiniti Autores *ibid. §. 14. Copp. dec. 30. n. 10. Berl. p. 2. concl. 2. n. 66. Carpz. p. 2. c. 1. def. 20. n. 5.*

Qv. XLIV. *An dolus reddat negotium ipso jure nullum?*

Vide late *supra Tit. dol. mal. q. 2.*

Laut. pag. 312. verb. (5) *dolus.*

Qv. XLV. *An contractus vi & metu initus sit ipso jure nullus?*

Vide *supra Tit. Quod met. caus. q. 2.*

Laut. pag. 312. verb. (2) *metus.*

Qv. XLVI. *An error circa personæ qualitatem vitiet emtionem?*

Negatur, si sit qualitas accidentalis, quæ consensum non impedit; uti si putet patremf. cum sit filiusf. quia consensus hic non tollitur. *L. 3. SC Maced.*

Laut. pag. 313. verb. *Secus est si tantum in qualitate.*

Obj. *L. 2. §. 16. pro emt.* ibi: *nulla esset emtio.*

Resp. Ibi de qualitate personæ essentiali sermo est, nam cum furioso contractus iniri nequit, quia deficit consensus.

Qv. XLVII. *An error circa pretium impediat contractum, si scilicet venditor majus, emtor vero minus intelligat?*

Affirm. Equidem si emtor majus pretium intelligat, venditor minus, valet negotium, quia qui in majorem summam consentit, multo magis consentit in minorem, de quo est lex *Obst. 1. §. 4. V. O.* At in casu proposito secus, neque enim venditor qui magis vult commodum contentus est minori, *l. 9. pr. h.*

Laut. pag. 313. verb. *Si scil. venditor &c.*

Qv. XLVIII. *An error circa rem, si in tota ejus materia sive substantia sit erratum, vitiet emtionem?*

Affirm. Atque hoc speciale est emtioni, quia finis emtionis est, ut certas species, quibus indigemus, comparemus, qui finis cessat, si v. gr. massam auream putem, cum sit ænea.

Laut. pag. 313. verb. *Idem est si in tota ejus materia &c.*

Secus ergo est in omnibus aliis contractibus, de quibus loquuntur *LL. Obst.* ut in pignore, *l. 1. §. f. pign. act. stipulatione, l. 22. V. O. &c.*

Obj.

OBJ. *L. 45. h. L. 21. §. 2. Act. Emt.* Ubi venditio valet, licet erratum sit in materia.

RESP. Ibi non in materia sed qualitate erratum est: Aliud enim est, si æs pro auro venit, tunc in materia erratum est; at si vas æneum pro aureo venit, tunc substantia rei consistit in forma; partes enim vas comparare voluere, materia ergo hic est accidentale aliquid, ita mensa manet, licet non sit aurea; poculum, licet non sit aureum &c.

QV. XLIX. *An sententia, quod error circa maximam partem materiæ vitiet emtionem non circa minorem, vera sit?*

Laut.pag. 313. verb. vel in maxima parte &c.

Autor ita conciliare vult duos textus in *L.* 41. § 1. *h.* & in *L.* 10. *& in L.* 14. *h. & illam* de maxima, *has* de minima loqui, indeque in *illa* emtionem vitiari, non in *his* putat: Verum divinatoriam esse hanc conciliationem vel exinde patet, quia in *l.* 14. itidem de re, quæ ex magna parte ænea fuit, sermo est: Accedit quod in genere dicatur, errorem circa materiam vitiare emtionem, sive error in magna sive in parva materiæ parte sit. Sed nec ulla ratio differentiæ dari potest: Neque opus est via adeo violenta tentare conciliationem illorum textuum, qui ab invicem plane non diffident, nam in *L.* 41. agitur de casu, ubi quis tabulam argento coopertam NB. pro solida vendidit, hic ergo erratum est in materia, quia non potest dici solida, quæ est ænea, & argento saltem cooperta: At in *L.* 14. tabula aurea vendebatur, hic non est erratum in materia, nam, etsi non sit solida, etiam pro solida non est vendita, sed in genere tabula aurea; atqui quod inauratum est, etiam aureum vocari potest: Vid. *q.* 48. Neque iniquitatis hic aliquid subest, quia vel propter venditoris dolum, vel propter enormem læsionem, emtio rescinditur &c. Quod hactenus a nemine observatum memini.

QV. L. *An error circa qualitates vitiet emtionem?*

Laut.pag. 313. verb. rei qualitates &c.

NEGATUR: *L.* 21. §. 2. *de Act. Emt.* ibi: *de qualitate autem emtionem esse.* Conf. *L.* 45. *ff. Eod.*

OBJ. *L.* 16. *pr. ff. h.*

RESP. Ibi emtio nulla est non propter errorem in qualitate, sed quia res, quæ mea est per rerum naturam amplius mea fieri non potest. Vid. *q.* 48.

Laut.pag. 314. verb. (5 error circa accessoria.

QV. LI. *An, si erratum sit circa accessoria, illud tantum debeatur de quo venditor sensit?*

AFFIRM. *L.* 34. *pr. h.*

OBJ.

OBJ. *L. 39. Pact.* Ubi contra venditorem debet fieri interpretatio.

RESP. Hoc verum ſi in re erratum eſt, quia rei ſuæ apertius legem dare potuiſſet. *d. l. 39.* Secus in acceſſoriis, ubi præſumtio eſt pro venditore contra emtorem, qui debuiſſet diligentior eſſe in enumerandis acceſſionibus, quas ipſe in ſpecie ſibi vendi curavit.

Aliter RESP. *Dn. Berg. h. q. 23.* Conf. *q. f. h.*

QV. LII. *An negotium ſimulatum ſit ipſo jure nullum?*

RESP. *Vel* unum eſt negotium, illudque ſimulatum, *vel* duo ſunt negotia, quorum unum vere geſtum, alterum vero ſimulatum eſt.

Laut. pag. 314. verb. (4) *Simulatio &c.*

Priori caſu negotium eſt ipſo jure nullum. *L. 54. ff. O. A. L. 55. C. Emt. L. 30. Rit. Nupt.* Non enim hic valet negotium, quod in intentione eorum fuit, & quod mente reſervarunt, quia omnis obligatio oritur ex eo, quod inter partes declaratum, non vero quod mente reſervatum eſt. *B. Par. Diſp. de ſimul. th. 4. & 12.* nec etiam valet negotium ſimulate geſtum, quia deficit ſubſtantia obligationis. *d. th. 12.*

Adeoque ſi re vendita, ſub conditione, *ſi melior conditio allata non fuerit;* falſus emtor ſubornetur, hic actus eſt ipſo jure nullus. *L. 4. §. 5. Add. in diem.* Sic ſi quis vendat emtori domum exuſtam, utroque id ſciente, nihil agitur. *L. 57. §. f. C. E. V.* Unde porro non valet emtio, quæ tota fit donationis cauſa; *L. 36. l. 38. l. 55. ff. L. 3. C. Contr. Emt.* Nec ſocietas; *L. 16. §. 1. ff. de min.* Nec locatio ita contracta. *L. 20. §. 1. L. 46. ff. Loc. cond. L. 18. pr. ff. Locat. cond.* Sic ſimulatæ nuptiæ nullius momenti ſunt. *L. 30. ff. Rit. Nupt.* Conf. *L. fin. C. plus valere &c.* Nam omnis negotii & actionis ſubſtantia hic deficit. *B. Par. Diſp. de ſimulat. §. 4. 12. & ſeq.*

EXC. (1) Si ſimulatio non committatur in ſubſtantia actus, ſed in accidentalibus; Adeoque ſi in addictione in diem emtor quidem offeratur, ſed non melior conditio, tunc valet hæc emtio, & (quia rem præſtare nequit, utpote quæ manet penes priorem emtorem. *L. 4. §. 5. de in diem add.*) venditor ei tenetur ad omne id quod intereſt. *L. 14. pr. & §. 1. de in diem add.* Item ſi falſa ſaltem demonſtratio cauſæ adjecta ſit, ut in *L. 6. C. Si cert. pet.* vel ſi in ſcriptura accedente ſimulatum ſit aliud negotium, *L. 3. C. plus valere. L. 6. C. Si cert. pet.* vel ab alio geſtum eſſe ſimuletur. *L. 4. C. plus valere. L. 2. C. Eod.*

EXC. (2) Si actui illi ſimulato, ex poſtfacto utriusque partis conſenſu traditio, absque numeratione ficti pretii, accedat; tunc enim ex traditione jus acquiritur & actus confirmatur. *L. 3. & L. 9. C. de C. E. V. L. 38. ff. Contr. E. d. Diſp. §. 49.*

Atque illa regula non tantum vera, & negotium nullum eſt, ſi ſimulate geſtum, ſed & ſi vere geſtum eſt, at in fraudem vel legis, vel tertii cujus intereſt, contractum apparet; nam tunc quoque ipſum negotium pro ſimulato habetur, & eſt ipſo jure nullum. Si ergo Vaſallus, ut feloniæ pœnam evitet, ſub ſpecie libellarii contractus feudum alii relinquat, hæc locatio ſimulata pro infecta habetur. *2. f. 9.* in fin. Si debitor ſimulet ſe pignus venditurum, ut impetret conſenſum domini, ſed poſtea paciſcitur cum emtore, ut ab emtione recedat, vel forte alias reſolvitur emtio, tunc etiam redit cauſa pignoris. *L.* 10. *Quib. mod. pign. ſolv.* (quanquam hic effectus non tam ex ſimulatione, quam quia venditio cum effectu ſecuta non eſt, adeoque cauſa dati conſenſus ceſſat, oriatur) *d. l.* 10. Alius caſus eſt in *L.* 10. *C. de pign. diſtr. ibique Goth.* Ita porro ſi quis prædium permutat, vel in emphyteuſin dat, & ſic diſſimulat venditionem, ut excludat agnatum a jure congrui, nullum eſt negotium. *B. Par. dict. Diſp. th.* 40. *& late ſeq. Afflict. dec.* 71. *Boer. Dec. 123. in f.* Pariter nullum eſt negotium, ſi in fraudem legitimarum uſurarum non pignori res datur, ſed ea vendatur cum pacto retrovenditionis: *Boer. dict. Dec. 183.* Quod tamen negat *Goth. ad L. 3. C. plus val. quod ag.* & putat hoc negotium licitum eſſe per *L. 11. §. 1. ff. de pign.* de quo vide *q. ſeq.* Neque porro effectum habebit negotium, ſi debitor in caſum moræ pœnam immodicam creditori ſtipulanti promittat *L. 15. L. 6. C. Uſur.* vel filiofam. loco mutui aliquid vendat in fraudem SCti Maced. *L. 3. § 3. L. 7. §. 3. ff. SC. Maced. d. diſp. § 50.* Item ſi quis nomen alteri pro parte vendit, pro parte donat, in fraudem legis Anaſtaſianæ. *L. ſ. C. Mand.* & alia de quibus *dict. Diſp. § 52.* Eadem quoque ratio eſt, ſi alia perſona in fraudem legis actum contrahit, uti ſi non tutor, ſed ejus uxor res pupilli emit. *L. 5. C. h. t. junct. L. 5. §. 3. Aut. tut.* Conf. *L. 2. C. plus valere. Goth. ad d. l. 2.*

His omnibus caſibus ſub negotio vere geſto latet animus defraudandi vel leges, vel tertium, cujus intereſt; indeque negotium hoc in pœnam pro ſimulato & pro infecto habetur.

Poſteriori caſu, ſcil. ſi duo negotia geſta ſunt, quorum alterum vere, alterum ſimulate geſtum eſt, illud ſolum valet quod actu geſtum eſt, & alterum, quod geſtum fingitur, eſt ipſo jure nullum; per text. expr. *in L. 6. C. Si cert. pet.* ubi v. gr. emtor qui ex emto 100. debebat, ſcribit, mutuam ſe eam pecuniam accepiſſe, indeque uſuras promittit, hoc negotium ſimulatum pro infecto haberi dicitur: Ita in *L. 21. C. de tranſact.* partes tranſegere dato pretio, ac ſimulant pretium dari ex emto, negotium valet tanquam tranſactio, non tanquam emtio; unde repellitur ille, qui actione venditi pretium petit. *d. l. 21. ibique Goth.* Conf *L. 3. C. plus valere.*

Exc. Si poſterius negotium vere quoque geſtum ſit, & prius tollat; uti ſi id

ſi id quod ex emto debebatur, per novationem in mutuum transfunditur; Tunc enim prius negotium ſublatum eſt novatione & poſterius rite contractum eſt, indeque ſubſtantia obligationis non deficit, & ſimulatio ſaltem eſt in demonſtratione quantitatis mutuo datæ, *d. l. 6. C. ſi. cert. pet.* quæ non vitiat negotii ſubſtantiam. vide *ſupra Exc. 1.*

Qv. LIII. *An venditio cum pacto de retrovendendo habeatur pro ſimulato contractu pignoratitio, vel uſurario?*

RESP. Præmittendum eſt nullum actum regulariter pro ſimulato haberi, ſi vere geſtus & utriuſque partis conſenſu munitus eſt, quæcunque intentio contrahentium fuerit, utpote cum jus non oriatur ex eo quod partes cogitarunt, vel mente reſervarunt, ſed ex eo quod inter utrumque actum apparet. *B. Par. Diſp. de ſimul. th. 4. & 12.*

Atque hinc ſi quis mutuam a me roget pecuniam, ego autem, qui ſuſpectam forte habeo fidem debitoris, denegem pecuniam, niſi vendat mihi domum, (quam pignori obtulit) ſub pacto de retrovendendo, ille conſentiat, definiaturque pretium & tempus reluitionis, non video, cur hoc negotium non valeret tanquam emtio, cum negotia valeant ex partium conſenſu: Neque imputari debet ei, qui pecuniam erogat, quod pleniſſime ſecuritati ſuæ proſpiciat, neque abſque evidentiſſimis circumſtantiis aliquis pro uſurario declarari, famaque ejus ſugillari debet. Vide *Carpz. p. 2. c. 44. H. Piſt. Obſ. 219. Carpz. p. 2. c. 1. def. 2. n. 2.*

Aliud ergo eſt, (1) Si emtio ſimulata eſt, ut ſi partes inter ſe de pignore & uſuris convenerint, ſed ſcribant ſaltem emtionem interceſſiſſe: tunc enim emtio videri non poteſt, quia partes nunquam conſenſere de re pro pretio in alium transferenda, adeoque ſubſtantia obligationis deficit. Atque hic eſt ſenſus *L. 3. C. plus valere &c. emtione pignoris cauſa facta, non quod ſcriptum eſt, ſed quod geſtum eſt, inſpicitur.* Et cum negotium pignoris ſemel inter partes contractum ſit, abſque novatione in emtionem converti nequit, per *l. 6. C. Si cert. pet.*

Aliud quoque eſt, (2) Si ex circumſtantiis liquido apparet contractum eſſe magis pignoratitium quam emtionem, quales circumſtantias 47. refert *Berl. p. 2. concl. 1.* (quæ tamen in plurimis fallunt,) & ſigna quoque quædam recenſentur in *c. 4. X. de pignor.*

An vero tanti intereſt, num ſit contractus pignoratitius, num emtio?

AFFIRM. Hoc enim caſu emtor lucratur fructus, nec tenetur eos in ſortem imputare: &c. *Berl. p. 2. c. 1. n. 3.* In concurſu creditorum emtor præfertur tanquam dominus omnibus aliis; venditor nullam habet actionem

 pen-

pendente venditione &c. At si pignus esset, vindicaret a quocunque possessore, &c.

Aliud quoque est, (3) Si ex circumstantiis appareat emtionem in fraudem legitimarum usurarum esse contractam, indeque sub emtione latere usurariam pravitatem.

At in eo omnis jam hæret difficultas, quænam signa ad eliciendam hanc præsumtionem sufficiant, mirum est quantopere Dd. hic varient. Tres circa hanc materiam opiniones refert *Berl. d. concl. 1. n. 58. & seq.* Sed nulla earum mihi satisfacit.

Equidem certum est (1) non sufficere ad id ut retrovenditio pro usurario contractu habeatur, eam mutui occasione celebratam esse. *Carpz. p. 2. c. 30. d. 44.* (etsi aliud statuat *p. 2. c. 1. def. 2. n. 10.*) *Stryk. C. C. S. 2. c. 5. th. 29. & 30. S. 4. c. 5. th. 30. & 32. H. Pist. O. 219. n. 56. Berl. p. 2. c. 1. n. 58. seq.* ipse sibi contrarius *ibid. n. 10.* Nec (2) sola enormis læsio sufficit. *Stryk. d. c. 5. th. 30. Fab. C. de rescind. vend. d. 29.* & late rationibus id probat *Berl. d. c. 1. n. 59. & seq.* Neque (3) sola consuetudo fœnerandi contractum usurarium facit, quia etiam usurarii vere contrahere possunt, inprimis si appareat causam mutui, vel læsionem non subesse. Vide *Berl. d. c. n. 38.*

Rectius ergo hæc arbitrio cordati judicis relinquuntur: qui tamen in dubio magis pro emtione quam contractu usurario pronunciabit: *Carpz. p. 2. c. 30. def. 43. n. 10. & def. 44. Dd. apud Berl. p. 2. c. 1. n. 62. Mynſ. cent. 3. O. 62.* idque ex rationibus in principio hujus quæstionis expositis.

Communiter tria requiruntur ad id, ut contractus usurarius dicatur; scil. (1) ut venditioni causam dederit mutuum: (2) Ut venditor pignoris enormiter inde læsus sit. (3) Ut emtor solitus sit usurarias pravitates exercere. *Carpz. p. 2. c. 30. def. 43.* Sed & duo priora signa sufficere, constat ex textu in *c. 5. X. de Cont. Emt.* ubi si mutuum causam dedit venditioni, & venditor ad dimidium in pretio læsus sit, contractus præsumitur usurarius. Quin & duo posteriora indicia præsumtionem usurarii contractus præ se ferre existimo; consuetudo enim fœnerandi juncta cum actuali enormi læsione negotium hoc maxime suspectum reddunt. Neque enim venditor pro tantillo pretio absque causa rem venditurus est, nisi summa necessitate, & avaritia fœneratoris, a quo forte aliter pecuniam impetrare non potuit, ad id compulsus sit. Conf. *c. 4. X. de pign.* Verum & alia indicia hic occurrere possunt: Aliquando enim ex quibusdam cum natura emtionis pugnantibus formulis apparet contractum esse pignoratitium, quales recenset *Berl. p. 2. c. 1. n. 15. n. 23. n. 25.* & passim: Exemplum quoque est in *c. 4. X. de pign.* ubi emtio vere contracta erat, at ea lege, ut resoluta emtione venditor restitueret aliquid ultra sortem, fru-

ctibus

ctibus perceptis in eam computatis: Hic jam aperte usuraria pravitas elucescit, tum ex eo, quod contra naturam emtionis fructus in sortem computentur, tum ex eo quod major sors, ac ab emtore soluta fuit, a venditore reposcatur: quod multo magis verum est, ubi creditor usuras exercere consuevit. *d. c. 4. in fin.* Quando vero quis videatur solitus esse usurarios exercere contractus, tradit *Carpz. p. 2. c. 30. def. 43. & c. 1. def. 2. n. 8. H. Pist. O. 219. n. 8.*

Qv. LIV. *An exceptioni simulationis renunciari possit?*

NEGATUR: Si enim unum est negotium simulate gestum (Vide *q. 52.*) frustra exceptioni illi renunciatur, ubi deficit ipsa obligationis substantia, adeoque ubi nulla est negotii forma, eoque nulla actio qua simulator agere possit: neque pacta renunciationis negotio adjecta videri possunt ubi negotium non est: Si vere gestum est, sed in fraudem legis, (Vide *d. q. p. 845.*) minus valebit illa renunciatio, quia pactis privatorum legibus & juribus publicis derogari non potest: Sed & illo casu, ubi aliter gestum aliter scriptum est (Vide *d. q. p. 846.*) eadem ratio est, quæ in primo, & cum id, quod scriptum est, pro infecto habeatur, necessario quoque corruit, quæ eo continetur clausula, uti hæc latius persequitur *B. Par. in disp. de simulat. th. 57.* ubi & plurimos allegat Dd. Conf. *Laut. pag. 314.*

Laut. pag. 314. verb. *Nullisque salutaribus clausulis atque renunciationibus &c.*

OBJ. Quod tamen perpetuo videamus renunciari exceptionibus, *simulati contractus, rei non sic sed aliter gestæ.*

RESP. Hoc ex imperitia ita fieri solet, at absque effectu. *dict. Disp. th. 58.*

INSTO, Cautelam tamen in eo esse, ut per clausulas illas appareat non intervenisse simulationem.

RESP. Quid si tamen postea probetur: (nam probatio simulati contractus incumbit alleganti. Vide *Laut. p. 315.*) Sane eo casu renunciatio eodem animo quo negotium gestum est, adjecta videtur. *dict. disp. th. 69.*

Qv. LV. *An juramento hæc renunciatio confirmari possit?*

NEGATUR: Nam addita hujusmodi renunciatione partes jurant se negotio illi simulato staturos, at cum emtio nulla sit, cum ejus substantia deficiat, qui quæso firmari juramento potest, quod non est? Neque in præjudicium legis vel tertii juramentum aliquid operatur. Sed & cum postea probatur falsum esse instrumentum, falsumque juramentum, sane substantia veritatis eo immutari non potest. Vide *B. Par. in dict. Disp. th. 65. & 66.* ubi hanc sententiam limitat.

Alia de simulatione, an testamento confirmari possit? an dominium ex eo transeat? an exceptio simulationis detur ipsi simulanti? an opponi in ipsa executione possit? quo tempore præscribatur? late traduntur *dict. Disp. th. 68. & seq.*

Qv. LVI. *Contra quem interpretatio fieri debeat, si contractus sit obscurus?*

Laut. pag. 315. verb. (3) Obscuritas &c.

RESP. Obscuritas imputatur ei, qui ejus causa est, adeoque semper stipulanti, quia apertius potuit legem proponere, in venditione ergo venditori: Nam cum venditio consistat in alienatione rei nostræ, nobis imputatur, si quid obscurius diximus, atque rem non accurate descripsimus; *L. 172. pr. R. J.* huic enim rei nostræ nostrum est legem dicere. *L. 39. Pact. L. 21. h.* Si vero agatur de accessione rei quam emtor petit, is sibi imputet, si illam accessionem clarius non designavit; *L. 34. h.* quisque enim in suo diligens esse debet, & de suo legem dicere cujusque est. Vid. *supr. q. 51.* Secus in judicio, ubi interpretatio fit secundum illud quod utilius est actori; *L. 66. jud.* quia hoc reus clarum reddere potest per exceptionem actori oppositam: Secus quoque ubi unus loquitur, is enim est interpres verborum suorum.

OBJ. *L. 39. Pact.*

RESP. Contra eum fit interpretatio, de cujus commodo actum fuit in pacto, ei enim imputatur, quod sibi non melius caverit, ut venditori in re, emtori in accessionibus: Vide *supra q. 51.*

LIB. XVIII. TIT. II.

DE IN DIEM ADDICTIONE.

Qv. I. *Si emtioni venditioni pactum addictionis in diem expresse, pure, & sub conditione resolutiva, adjectum sit, an transferatur dominium per subsequentem traditionem?*

Laut. pag. 316. verb. Hinc per traditionem &c.

AFFIRM. *L. 4. § 3. h.* Nam ex ipsa natura conditionis resolutivæ id apparet, utpote quæ nihil suspendit, sed omne jus pure transfert, & si non jus transferret, non posset postea resolvi, quod enim non est, resolvi nequit.

OBJ. *L. 1. in. f. ff. h.* ibi: *Quo res a domino abeat.*

RESP. Venditor dicitur dominus ratione temporis venditionis, at hoc ipsum dominium transfert in emtorem.

OBJ.

OBJ. *L. 38. §. 2. ff. L. falc.* ibi: *item ad diem addicti in venditoris.* Adeoque ibi res in diem addicta connumeratur in dominio venditoris.

RESP. Ponuntur termini habiles, ut id sit vel ante traditionem, vel existente conditione, vel si conditio suspensiva addita sit, de qua *Laut. p. 319.*

Qv. II. *An interim jus retractus locum habeat, & pœna commissi, item, an laudemium solvi debeat?*

AFFIRM. Omnia hæc interim locum habent, quia pura emtio est, hinc agnati retrahunt; vasallus, si sine consensu ita contrahit, feloniam committit; & emphyteuta perdit jus suum. Indeque gabella, & laudemium, quæ sunt pretium quod pro consensu solvitur, recte interim solvuntur.

Laut. pag. 316. verb. *An vero interim &c.*

At resoluta emtione omnia hæc jura solvuntur, & sic tum resolvitur etiam jus retractus, felonia, &c. quia tum emtio amplius non est, adeoque nec ejus effectus manere potest. Vide *q. 4.* at laudemium manet *d. q. 4.*

Qv. III. *An existente conditione resolutiva, & meliori conditione oblata, emtor omnes fructus, omniaque commoda venditori restituere teneatur?*

AFFIRM. *L. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 14. §. 4. h.* Quia omne jus resolvitur, indeque commoda hæc penes eum essent sine causa.

OBJ. *L. 2. §. f. h.* Ubi emtor dicitur lucrari fructus.

RESP. Sed revocabiliter, ita ut existente conditione illa acquisitio resolvatur.

Qv. IV. *An resoluta prima emtione cesset jus retractus, pœna commissi, & laudemium?*

RESP. Cessant omnino, quia omne jus quod ipse transtulit, adeoque tota alienatio resoluta est; excepto laudemio: Cessat ergo (1) *jus retractus:* Non enim agnati venditoris ex eo agere poterunt, quia retro emtio solvitur; nec agnati emtoris, quia hic nunquam jus habuit in hunc casum, & retro emtio nulla fuisse videtur. (2) Cessat *pœna commissi;* nam cum resolvatur retro emtio, nec a venditore, nec ab emtore, dominus feudi aliquid impetrabit, tota enim emtio retro nulla fuisse videtur. At (3) *laudemium* præstitit venditor pro consensu, indeque existente conditione resolutiva ille venditor non repetit laudemium, quia consensus, pro quo illud solvitur, vere intercessit, nec ille resolvitur. Vid. *tit. præced. q. 41.* Alia autem quæstio est, an resoluta emtione ille,

Laut. pag. 317. verb. *Resoluta prima emtione &c.*

ille, qui rem restituit, denuo laudemium solvere debeat? Quod negamus; nam dominus consentit in venditionem cum suo pacto; neque nova hic est venditio, sed ea ipso jure, & vi pacti a domino confirmati resolvitur.

Qv. V. *An tum quoque, si pactum resolutivum obliquis verbis concipiatur, v. gr.* res restituatur, *existente conditione contractus ipso jure resolvatur?*

Laut. pag. 318. verb. *Secus est si hoc &c.*

Autor *h. l.* ibique Doctores id negant; quia verba non sunt ipso jure resolventia: Hinc *venditorem* non recipere pristinum jus, sed actione ex emto vendito contra emtorem agendum esse putant, ut is juxta leges emtionis rem restituat.

At contrarium verius esse puto cum *Covarruvia var. resol. 3. c. 8. n. 1.* Nam (1) in *l. 41. pr. Rei vindic.* disertis verbis traditur, quod emtor, qui emit rem sub conditione, ut allata meliore conditione *recedatur ab emtione*, ea existente non habeat rei vindicationem, adeoque dominus esse desinat: redit ergo dominium ad *venditorem* vi contractus, etiamsi pactum verbis obliquis conceptum sit, & ille proinde rem a possessore vindicabit. (2) Eadem quoque ratio hic subest, nam verba, *res inemta esto:* non sunt de forma legis commissoriæ sed sufficiunt æquipollentia, ut sunt omnia quæ inferunt contractus resolutionem. *Covarr. d. l.*

Qv. VI. *An si hoc pactum ex intervallo adjiciatur, habeat tamen vim ipso jure resolvendi?*

Laut. pag. 318. verb. *Nam si ex intervallo &c.*

Negatur: Si enim emtio pura est, & semel plene subsistit, non potest ipso jure resolvi per pactum, quod ex intervallo accedit, quia ejus pacti vis & effectus non potest incipere, nisi cum pactum ipsum, medio itaque tempore sine dubio valet emtio, & non resolvitur, sed nova emtio contrahitur in contrarium. *L. 7. §. 6. l. 58. de Pact. L. 72. h.*

Qv. VII. *An etiam alia pacta resolutiva resolvant negotium ipso jure & cum iisdem effectibus?*

Laut. pag. 318. verb. *Idem faciunt alia &c.*

Affirm. Quia eadem ratio est. Conf. *text. Autoris.* Add. *l. 19. de Usuc. arg. l. 13. pr. pign. act.* ibi: *aut vindicare. l. 10. ff. 1. m. p. solv.* ibi: *dominium ad debitum revertitur, & in pristinam causam res redit resoluta conditione.*

Obj. *L. 4. C. ædil. ed.* Ubi non ipso jure resolvitur, sed agi potest redhibitoria.

Resp.

RESP. Hæ duæ actiones concurrunt, ſcil. redhibitoria cum actione emti venditi.

QV. VIII. *An melior quoque ſit conditio, ſi pupillus ſine autoritate tutoris plus offerat?*

AFFIRM. *L. 14. ſ. 3. h.* Quia revera pretium majus oblatum eſt.

Laut. pag. 318. verb. *Licet pupillus ſine &c.*

OBJ. (1) Quod emtio ſit ipſo jure nulla.

RESP. Eſt nulla in præjudicium pupilli, non vero tertii ſive primi emtoris; vide *tit. pact. q. 30.* hic vero quæritur de præjudicio tertii, ſcil. an obligetur novus emtor hactenus, ut emtio cum priori emtore inita reſolvatur.

OBJ. (2) Quod non ſit melior conditio, cum a pupillo exigi non poſſit.

RESP. Conditio eſt melior ratione pretii, etſi quoad perſonam emtoris ſit deterior. *L. 14. ſ. 2. h.*

INSTO, (3) Quod perſonæ quoque qualitas inſpiciatur in eo, an conditio melior ſit, an non.

RESP. Verum hoc eſt, ſi aliud commodum non adſit, ſi vero melior conditio in pretio adſit, tunc venditor eam acceptare, & reliqua comprobare, eoque vitia perſonæ ſupplere poteſt.

QV. IX. *Quando videatur melior conditio fraudulenter allata, & quid tunc juris?*

RESP. Non videtur bona fide actum (1) ſi falſus ſit emtor, tunc enim nulla emtio eſt, & ſic prior ſubſiſtit. *L. 4. ſ. 5. l. 6. pr. h.* (2) Si ſubornatus ſit emtor, & id actum, ut ille ſubornatus rem emtam iterum reſtituat venditori, tunc tollitur quidem prior emtio, quia revera emta res eſt, at propter dolum prior emtor contra ſuum venditorem agit ad id quod intereſt. *L. 14. §. 1. h.* (3) Si verus ſit emtor, at ſimuletur melior conditio, tunc prior emtio non tollitur, per text. expr. *in d. l. 14. pr. & l. 4. §. 5. h.* at nova quoque emtio valet, & ſecundo emtori venditor tenetur ad omne id quod intereſt, quia revera vendidit: Et hinc recte dicitur *d. l. 14.* quod venditor utrique emtori in ſolidum obligetur, quia revera utrique vendidit.

Laut. pag. 319. verb. *Vere & bona fide &c.*

QV. X. *An primus emtor idem offerendo quod ſecundus huic præferatur?*

AFFIRM. Neque enim melior eſt conditio poſterioris emtoris, ſi prior tantundem offert. *L. 8. h. arg. l. 35.* ibi; *ut id, quod ex licitatione acceſſit, ipſe offerat ff. min.*

Laut. pag. 319. verb. *Qui idem offerens.*

OBJ. (1) *L. 7. ff. h.* Ubi prior emtor non admittitur nisi plus offerat.

RESP. *Plus* respicit ad personam secundi emtoris, & sensus est, priorem emtorem non admitti, nisi sit paratus illud *plus*, quod scilicet secundus emtor licitatur, adjicere, supponitur enim in *d. l. 7.* meliorem conditionem allatam esse. Conf. *l. 8. Eod.*

OBJ. (2) *arg. l. 6. §. 1. h.* Ubi prior emtor adversus posteriorem licitari debet.

RESP. Licitatur quoque idem pretium offerendo.

QV. XI. *An pendente conditione suspensiva emtio adeo sit imperfecta, ut nec per subsequentem traditionem dominium transferatur?*

Laut. pag. 319. verb. *Nec propter subsequentem.*

RESP. Dominium non transferri: Vide *supra ad p. 308. q. 29.* Ubi & exceptiones vidimus, & dubia resolvimus.

QV. XII. *An existente conditione suspensiva emtor retro a tempore contractus dominium, fructus, & commoda acquisivisse videatur?*

Laut. pag. 319. verb. *ita ut emtor &c.*

NEGATUR: Nam hoc ex primis principiis juris notum est, onera & commoda ex contractu imperfecto non transire: Et cum certum sit periculum nullum esse emtoris pendente conditione, nedum ad eum pertinere poterit commodum: Accedit quod re pendente conditione translata fructus tanquam indebiti condici possunt, *d. q. 28.* quod falsum esset, si medio tempore jus aliquod ipsi esset quæsitum.

OBJ. Quod conditio retrotrahatur ad momentum quo contractum est: *L. 26. Stip. serv.*

RESP. Ad eum effectum, ut retro obligatio contracta videatur, & ex eo tempore contractus valeat, non vero ut dominus factus videatur, indeque vel periculum, vel commodum ad eum pertineat.

LIB. XVIII. TIT. III.

DE LEGE COMMISSORIA.

Laut. pag. 320. verb. *Lex commissoria &c.*

QV. I. *Unde dicta sit lex commissoria?*

RESP. Novam ejus originem ex doctrina *B. Parentis* demonstravi supra *ad tit. de pign. act. q. 7.*

Qv. II.

Qv. II. *An lex commissoria emtioni accedere possit jure permittente & approbante?*

AFFIRM. *L. 13. §. 26. act. Emt.*

OBJ. *L. 38. min.* ibi: *quia lex commissoria displicebat ei.*

RESP. Displicet Imperatori: (1) in casu, ubi in præjudicium pupilli erat adjecta. (2) Displicet quoque tanquam odiosa, non tanquam injusta, *L. 4. in pr. L. comm.* Unde (3) ea non declaratur nulla, quod fieri debuisset si improbata fuisset, sed dabatur restitutio in integrum ob pupillarem ætatem.

Laut. ibid. verb. *Sed jure permittente &c.*

Qv. III. *An lex commissoria obtineat, si emtor existente tempore solutioni præfinito pretium obtulit, postea vero in mora sit?*

NEGATUR: Sed tum habetur pro soluto, ad eum effectum, ne amplius res ex hac lege, etsi emtor postea in mora sit, committi possit. *L. f. L. 4. ff. f. h.* Idem est si per venditorem stet, quo minus emtor pretium ei offerre possit, si forte latitet, aut absens sit; hoc casu statim cessat lex commissoria, etsi emtor non obtulerit. *d. l. 4. §. f. L. f. §. 1. de Resc. vend. L. fin. h.* nisi postea sit occasio offerendi.

Laut. pag. 321. verb. (3) *Atque per emtorem &c.*

OBSTAT *L. 23. ff. Obl. & Act.* Ubi ille, qui priorem moram purgavit, si denuo moram committit, tenetur ad pœnam in stipulationem deductam, ibi: *si interpellatus* (interpellatione autem renunciatum videtur legi commissoriæ *L. p. h.*) *ipse moram fecerit, an quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus pœna committatur? Et hoc rectius dicitur:* Adeoque emtor post interpellationem, nedum ergo post oblationem, moram committens ex lege commissoria teneri videtur.

RESP. Non agitur ibi de lege commissoria, nec dicitur, quod si ab ea semel recessum sit, venditor ad eam redire possit, hoc enim fieri non posse traditur in *l. pen. h.* Sed agitur ibi de pœna moræ quæ ex pacto debetur: Etsi ergo semel mora purgata indeque pœna remissa sit, si tamen denuo moram committas, adhuc illa propter novam moram peti potest.

Atque ita in Facultate Viadrina anno 1692. d. 25. Mart. pronunciatum est in causa Bentzen contra Bentzen.

Qv. IV. *An existente emtionis commissoriæ conditione emtor fructus interim perceptos restituere teneatur, etiamsi de hoc nihil conventum sit?*

AFFIRM. Quia sub conditione tota emtio resolvitur; *L. 1. h.* adeoque fructus sine causa penes emtorem essent: Hinc in *L. 5. h.* dicitur venditori de-

Laut. pag. 321. verb. *Hinc emtor &c.*

de his judicium in emtorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re in qua fidem fefellisset.

OBJ. *L. 6. §. 1. contr. emt.* ibi: *ut si fructus ex eo perceperit &c. restituerentur.* & ibi: *non ut omnis obligatio emti & venditi utrinque solveretur.*

RESP. Pactum in casu ibi proposito adjectum erat etiam de fructibus, non tamen id necessario actum esse debet: Quod autem non tota obligatio tollatur, verum est a parte venditoris, at a parte emtoris semper tota resolvitur, idque ex natura commissi.

QV. V. *An conditione emtionis commissoriæ existente venditor ipso jure sine rei traditione dominium recipiat?*

Laut. ibid. verb. *venditor ipso jure &c.*

AFFIRM. Quia expresso pacto in hunc casum sibi reservat dominium, neque hactenus illud transtulit; unde vindicare rem venditam potest a quocunque possessore.

OBJ. *L. 20. C. Pact.* Ubi dicitur non nudis pactis rerum dominia transferri. Conf. *L. 3. §. 1. V. O.*

RESP. Nec hic nudo pacto transfertur, quia emtori in hunc casum nunquam concessum est; & sic nec recipit vi pacti, sed vi juris, quod sibi reservavit: Adeoque pacto transferri dominium nequit, sed pacto quis illud sibi reservare potest.

QV. VI. *An emtor, re ex hac lege commissa, pretium offerendo invito venditore moram purgare possit?*

Laut. pag. 322. verb. *emtorem vero, re ex hac &c.*

NEGATUR: Quia ipso jure tollitur emtio: Sed hoc (1) verum est, si certus dies præfinitus est, *Laut. pag. 321. pr.* alias enim usque ad interpellationem moram purgare potest. *Laut. ibid. lit. b.* nam interpellatio idem operatur quod dies: Sed & (2) etsi certus dies sit præfixus, potest eo præterlapso solvere, si per eum non stetit. *sup. q. 3.*

Et sic non OBSTANT textus *Pichardi (1)* in *L. 4. C. pact. int. emt.* ibi: *non potest &c.* Quia ibi venditor elegit pretium, & sic ultro recessit, (2) in *L. 38. de min.* ibi: *pronunciavit in integrum restituendam.*

RESP. Ratio additur, quia pupillæ mora est.

At falsa est doctrina *Cujacii* apud *Laut. p. 322. in med. die non præfinito* usque ad litis contestationem moram purgari posse: Nam cum die adjecto id non possit, nec post interpellationem poterit, quia, ut ante dictum, interpellatio idem

idem operatur quod dies. Textus vero *Cujacii* in *L. 22. §. f. L. 22. f. de arb. l. 17. de const. pec. L. 84. l. 122. §. 2. V. O.* non loquuntur de negotio, quod die veniente ipso jure exstinguitur, de quo hic sermo est.

Qv. VII. *An re commissa venditor agat rei vindicatione, etiam contra eum cui emtor pignoravit, vel vendidit?*

AFFIRM. Quia resoluto jure constituentis, resolvitur etiam jus constitutum; dominus ergo jure suo utitur, dum contra quemcunque possessorem agit.

Laut. pag. 322. verb. *Contra quemcunque etiam cui &c.*

OBJ. *L. 3. Quib. mod. pign. solv.*

RESP. Singulare est in venditione, quæ fit sub conditione *si emtori displicuit*, tunc enim medio tempore emtor pignus imponere rei potest ad effectum ut duret: Nam (1) dominus est. Neque (2) per hoc pactum restringitur dominium, sed tota res in ejus arbitrium ponitur: Adeoque (3) nec resolvitur dominium, quia hæc conditio non est resolutiva.

Qv. VIII. *An emtori pretium non solventi competat actio ad arrham, quam dedit, vel partem pretii, si forte jam solvit, repetendam?*

NEGATUR: Sed utrumque retinet venditor ob fidem non servatam. *L. 4. §. 1. L. 6. pr. h.*

Laut. pag. 322. verb. *Emtori nullæ, etiamsi arrham &c.*

OBJ. *L. 8. pr.* ibi: *Emtor pactus est ut arrham perderet. h. t. L. 1. C. pact. int. emt.*

RESP. Etiam pacta adjici possunt in superfluum de re quæ ipso jure debetur. Conf. *L. 56. pr. mand.*

Hanc dispositionem juris civilis duram putant Dd. eamque admodum restringunt, *Lauterbachius p. 323. pr.* At cum hæc pœna sit perfidiæ, indeque omni iniquitate careat, non video cur in praxi non sit observanda.

Atqui hodie omnes pœnæ privatæ cessant?

RESP. Hoc verum, ubi actione instituta eæ petuntur, non vero si solutæ sunt.

LIB. XVIII. TIT. IV.

DE HÆREDITATE ET ACTIONE VENDITA.

Qv. I. *Quomodo differt emtio hæreditatis a cæteris emtionibus?*

RESP. In eo solo, quod hic universitas veniat, sed titulo singulari: Hæreditas igitur non ut universitas petitur, sed singula ejus jura actione emti venditi petuntur.

Qv. II. *An valeat emtio hæreditatis incerti cujusdam hominis?*

Laut. pag. 323. verb. *incerti &c.*

AFFIRM. v. g. hoc modo, quæcunque hæreditas mihi obventura est. (1) Quia cessat votum captandæ mortis, cum mors incerti captari nequeat. (2) Quia de ea disponit quatenus delata est, adeoque de re futura, cui tacite inest conditio, si acquisita fuerit, vid. *tit. pact. q. 34.*

EXC. Si nomen illius tertii in fraudem legis supprimatur, tunc enim revera est de hæreditate certi, *Struv. Ex. 38. th. 50.*

Atque ita judicatum refert *Carpz. p. 2. c. 35. def. 17.*

Qv. III. *An vendi possit hæreditas tertii, de quo constat?*

Laut. ibid. verb. *certi. &c.*

NEGATUR. Quia omnes rationes, quæ pactum de hæreditate viventis prohibent, & *d. q. 34.* late recensitæ sunt, hic quoque obtinent. Quin & improbior videtur hæc mortis captatio de alienis rebus viventis & ignorantis pacisci. *l. 29. §. f. donat.* Atque ita judicatum refert *Carpz. d. d. 17.*

EXCEPTIONES vide *d. q. 24. p. 230.* quo etiam pertinet si consentiat. Vid. *Laut. h.*

Qv. IV. *An hæreditas præsens vendi possit?*

Laut. pag. 324. verb. *præsens.*

NEG. *Vide late tit. pact. q. 34. pr.* ubi novem exceptiones hujus regulæ exposui. *Ibid. p. 230. sq.*

Qv. V. *Quid vendita hæreditate ad emtorem pertineat?*

Laut. pag. 324. verb. *tunc si nihil juris &c.*

RESP. Hic idem est quod in emtione rei futuræ. *L. 3. §. 2. Pro soc. l. 8. Contr. Emt.* vel in emtione aleæ, *l. 11. l. 12. h.* de quibus *tit. Contr. Emt. q. 6. 7.*

Qv. VI.

Qv. VI. *Quam culpam præstet venditor hæreditatis?*

RESP. In *quærendis* dolum, & latam culpam; quia non potest custodiam præstare in re, quam non habuit in custodia; nec tenetur, nisi ad id quod quæsivit, quæsivisse autem videtur, quæ dolo vel lata culpa fecit ne acquireret. *L. 2. §. 5. h.* Sed in *quæsitis* levem, ut alias. *L. 3. h.*

Laut. ibid. verb. *Aut dolo vel lata culpa.*

Qv. VII. *An venditor tradere debeat omnia, quæ tempore venditæ hæreditatis exinde habuit, si ea rursus amiserit levi culpa?*

NEGATUR. *L. 2. §. 5. h.*

Laut. pag. 324. verb. *Licet ea rursus &c.*

OBJ. *L. 3. h.*

RESP. Non loquitur ibi de acquisitis, & postea amissis, sed de quærendis, & quæ omisit cum habere potuisset: in illis non præstat nisi dolum, & quæ sub ea continetur, latam culpam. vid. *q. præced.*

Qv. VIII. *Si vendita hæreditate portio cohæredis deficit, an ea accrescat venditori, an emtori?*

RESP. Venditori tanquam hæredi, quia jus accrescendi tantum est inter cohæredes; *L. 31. L. 53. §. 1. d. Acquir. Hæred. L un. §. 10. C. Cad. tollend.* & hactenus bene Autor. At ille actione emti hanc portionem præstabit emtori, quia cohæredes, & conjuncti ab initio solidum habent, & non nisi concursu partes faciunt, *l. 1. §. 3. l. 3. Usufr. accresc.* cessante concursu semper venditor solidum habuisse, & proinde id quoque vendidisse videtur: Qualecunque ergo tempus inspiciatur juxta *L. 2. §. 1. h.* venditor hanc portionem habuisse, ac jure suo hæreditario simpliciter vendito, eam necessario (1) comprehendisse intelligitur: (2) Et cum totam suam hæreditatem, & omne jus hæreditarium vendiderit, utique hæc portio continebitur, quam non nisi jure hæreditario habet. Idque (3) patet ex *l. 43. ad Trebell.* ubi qui adire & partem suam restituere coactus est, accrescentem quoque portionem restituit, neque de eo dubitatur; sed tantum, an opus sit nova restitutione, quæritur? adeo portio illa portionem sequitur: Nec solida differentiæ ratio reddi potest. Et inde apparet, quod portio hæc sequatur eum, qui actu rem habet, non qui nudo titulo: *arg. l. 83. Acq. poss. L. 33. de usufr. L. 4. L. 27. §. 2. L. 14. L. 43. ad SC. Treb. L. 1. L. 3. L. 43. de Jur. fisc. L. 10. De his quæ ut indign. L. 2. pr. §. 4. 9. 18. h. l. 7. per. & com. rei vend.* Conf. *Berger. ad Laut. h. q. 2.*

Laut. pag. 324. verb. *Nec portionem &c.*

OBSTAT Disproportio pretii: Si enim hæres tantum in uncia fuerit, & jus

jus ſuum vendiderit, teneretur eodem pretio totam hæreditatem loco unciæ præſtare, ſi tota ipſi deinde accreviſſet, quod ſane iniquum foret.

RESP. (1) In hæreditate vendenda non res ſingulæ, ſed totum ſpectatur, quod variis caſibus creſcere & decreſcere poteſt; quorum omnium in pretio conſtituendo ratio habita videtur. (2) Hæres, qui vendit, æſtimat portionem ſuam cum ſua cauſa, id eſt eo, quod ei accreſcere, aut per ſubſtitutionem accedere poteſt; cujus accedendi quo major minorque ſpes eſt, eo magis minusque pretium auget, cum hæc ipſa eventus incertitudo æſtimetur. Eſt ergo quodammodo venditio ſpei, ubi incertitudo multum detrahit vero pretio, adeo ut ejus intuitu majus pretium inter partes conſtitutum videatur.

Atque hoc modo omnes ab Autore allegati textus in *L. 9. ff. de ſuis & legit. L. 3. L. 53. §. 1. de A. & O. H. L. un. §. 10. C. Cad. toll.* nihil obſtant: Nam recte ibi aſſeritur, portionem deficientem cohæredibus, invitis, ignorantibus, quin etſi alii ſuam portionem reſtituere juſſi ſint, (Vid. *L. 43. ff. ad SC. Treb.*) accreſcere: At alia quæſtio eſt: anne venditores teneantur, actione emti conventi, portionem quæ accrevit emtori reſtituere? quod omnino affirmamus.

QV. IX. *An venditor hæreditatis creditoribus hæreditariis, legatariis, & fideicommiſſariis, reſpondere cogatur?*

Laut. pag. 325. verb. *Creditoribus hæreditariis &c.*

AFFIRM. Quia hæres manet. *vid. q. ſeq.*

OBJ. §. *reſtituta Inſt. de fideic. hær.*

RESP. Aliud eſt in fideicommiſſaria hæreditate, ubi ipſa lege id conſtitutum eſt, ut onera pro rata tranſeant. vid. *B. Par. Hyp. Inſt. L. 2. c. 24. §. 4.*

QV. X. *Utrum venditor an emtor hæreditatis agat contra debitores, vel conveniatur a creditoribus?*

Laut. pag. 325. verb. *Emtor nunquam &c.*

RESP. Debitores hæreditarii poſſunt cum *emtore* hæreditatis paciſci, eique ſolvere, & venditori hæredi ſemper obſtat exceptio, ſi & ipſe agere velit; quia contra ſuum pactum venit cum vendiderit: ſed cum hærede *venditore* non poſſunt, ſi ſciunt venditam, qui ſcientes agunt in præjudicium emtoris, ſed ſi ignorant, valet pactum, & ſolutione liberantur; atque hæc pacti, ſolutionisve exceptio etiam ceſſionario obſtat; ſed venditor tenetur ceſſionario ex emto ad id quod intereſt. *L. ſ. Tranſact.*

E contrario *emtor* hæreditatis non tenetur ſuſcipere actiones, nec creditores eum coguntur adire, quia non cum eo, ſed cum hærede quaſi contractum eſt. *l. 2. C. h.* Quod ſi vero illi ultro emtorem conveniant, & emtor actio-

actionem ultro suscipiat, hoc quasi tacito pacto illi inter se convenisse videntur de non conveniendo hærede, qui hinc exceptionem taciti pacti habet. *l. 2. C. h.* At agere emtor utilibus actionibus potest; quia & illæ ipsæ venditæ sunt, *l. 5. C. h.* etsi debitores cum venditore hærede scientes venditam hæreditatem pacti sint. *Venditor* vero, ceu hæres, & agere & conveniri potest, sed quicquid ex causa hæreditaria exigit, id ex emto restituit, quicquid præstat, ex vendito repetit. *L. 2. §. 10. h.* Aliud autem est, si non ex causa hæreditaria oriatur actio, sed ex suo facto, & proprio jure, ut si sibi debitum accipiat, vel suum debitum solvat; tunc enim nec illud restituit, nec hoc repetit: *l. 2. §. 7. h.* Nisi tanquam nomen hæreditarium etiam per injuriam (non tamen suo dolo) condemnatus solvat; *d. l. 2. §. 7.* quia tenetur ex causa hæreditatis ut hæres, vel nisi emtor pretium rei hæreditariæ distractæ acceperit; tunc enim venditor ideo condemnatus id ab emtore repetit, *d. l. 2. §. 10.*

Qv. XI. *An actionum venditio licita sit?*

Affirm. *L. 3. C. h.*

Laut. pag. 326. verb. Licita est.

Obj. *L. p.* ibi: *hujusmodi conamen inhiberi. L. ult.* ibi: *ut ne quis alienum subeat debitum C. mand.*

Resp. Loquuntur hi textus de redemtione litis, at non omnis emtio actionis est redemtio litis; potest enim justa causa subesse, cur actionem quis vendat, quin & lis plane non esse potest. Vide *infra q. 26.*

Qv. XII. *An milites quoque nomina & actiones emere ac vendere possint?*

Affirm. Nam miles procurator in rem suam esse potest. *L. 8. §. 2. L. 9. C. de procur.* quod fit per cessionem, *L. 8. C. h. L. 34. ff. Procur. Laut. p. 332.*

Laut. ibid. verb. milites &c.

Obj. *L. 7. l. 15. C. Procur. L. 20. C. Mand.*

Resp. Loquuntur non de simplici cessione, sed de redemtione litium.

Qv. XIII. *An Judæus Christiano possit vendere actionem contra Christianum, si debitum non est usurarium?*

Negatur: Vera ratio hæc est, quia durior fieret causa, & potentior adversarius opponeretur; quod in jure prohibetur. *L. 2. C. ne lit. pot.* Favorabilior enim est actio a Christiano quam a Judæo intentata: Accedit prohibitio ex *R. I. de anno 1551. §.* Diesem zu begegnen. & *O. P. de anno 1577. t. 29.*

Er soll auch kein Christ. quæ generalis est, & quanquam abusus & metus usurariæ pravitatis causam dedisse videatur huic legi, tamen causa impulsiva cessante, non cessat lex ipsa. *arg. l. 1. ff. de postul.* Sed & non esse ibi quæstionem de usuraria pravitate bene notat *Dn. Berger in q. 5. h.* Imperator enim ibi prohibet venditionem actionis sub pœna amissionis, qua prohibitione opus non fuit, si loqueretur de usuraria pravitate, utpote quæ ipso jure nulla est.

OBJ. *d. R. I. 1551.* §. Wiewohl auch ꝛc.

RESP. Jam ante dictum est, quænam sit causa adæquata illius prohibitionis: Licet ergo impulsiva cesset, non tamen eo desinit esse lex. *Berg. h. t. q. 5. ibique Laut. Colleg. h. §. 23. Esbach. ad Carp.* 2. 30. 454.

In *praxi* hoc mutatum non apparet, neque autoritas *Carpzovii* tanta est, ut rationem juris in foro & extra Saxoniam (de qua etiam loquuntur *Richt. al- leg. l. & Phil. de subhast. dec. 28. Obs. 6. n.* 32.) evertere possit.

Unde puto aliud omnino esse, & valere venditionem, si actio illa alii Judæo quoque cedatur: Nam tum cessat illa ratio prohibitionis adæquata.

DISSENT. *Berg. d. q. 5.*

QV. XIV. *An omnes actiones vendi possint? ubi & de exceptionibus.*

RESP. Regula est, omnes actiones vendi posse, donec probetur exceptio. *L. f. C. h.*

EXC. (1) Si jus actione comprehensum vendi non potest; nam quia per actionem jus consequi debemus, frustra ea ceditur, si jus consequi non possumus. (2) Si a persona cedentis jus illud separari non potest, tunc enim itidem frustra cederetur.

His præmissis quæritur: (1) An restitutio in integrum, quæ propter ætatem datur, cedi possit?

Laut. pag. 327. verb. restitutio in integrum &c.

AFFIRM. *L. 24. pr.* ibi: *sed compellendus est ei cedere auxilium in integrum restitutionis ff. de Minor. L. 25. in fin.* ibi: *nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus ff. de admin. tut.*

Atqui restitutio hæc est beneficium ætatis, indeque inseparabile a persona minoris.

RESP. Imo jus quod petitur per restitutionem, scil. reparatio damni, non inhæret personæ, adeoque hoc commodum alii cedi potest. *Laut. pag.* 327.

Laut. ibid. verb. inofficiosi querela &c.

Quær. (2). An querela inofficiosi testamenti cedi possit?

AFFIRM. Ex regula generali *d. l. fin.* neque hic apparet exceptio.

OBJ.

OBJ. Quod hoc ſit beneficium certarum perſonarum, extra quas proinde non videtur valere poſſe.

RESP. Imo per querelam reſciſſio teſtamenti, & tum ipſa hæreditas, petitur, hæc cum effectu ad extraneum tranſire poteſt.

(3) Ita uſusfructus & habitatio cedi poſſunt: Nam licet hæ quoque ſint ſervitutes perſonæ cohærentes, quæ cum iis intereunt, tamen illa facultas percipiendi & fructus & habitationem, quæ actione confeſſoria continetur, vendi poteſt. Vid *ſup. L. 7. tit. 4. q. 3.*

Laut. ibid. verb. *ad Uſumfructum &c.*

(4) Ita actio injuriarum cedi poteſt, quia venditur ejus æſtimatio, quæ conſiſtit in pecunia numerata.

Laut. ibid. verb. *Actio injuriarum &c.*

OBJ. *L. 28. de Injur. L. 32. pr. ad L. Falc.* Ubi actio injuriarum ante litem conteſtatam non dicitur eſſe in bonis.

RESP. Sufficit poſt litis conteſtationem eſſe in bonis, indeque valet tanquam emtio rei futuræ. (2) Vendendo alterum conſtituimus procuratorem in rem ſuam, at per procuratorem in rem ſuam litem conteſtari poſſumus, & tunc erit in bonis noſtris.

(5) Idem quoque eſt in actione revocatoria donationis propter ingratitudinem, nam hæc quoque eſt ſpecies injuriarum: *L. 11. ſ. 2. L. 17. §. 19. de Injur.*

Laut. pag. 328. verb. *Actio qua donatio &c.*

Atqui non tranſit ad hæredes.

RESP. Ideo tamen inter vivos de ea diſponere poſſumus, exemplo uſusfructus.

NOTETUR Regula: Quæ tranſeunt in hæredem, etiam cedi poſſunt.

DISSENT. *Laut. pag.* 328. Nam illæ actiones extra perſonam eſſe poſſunt, niſi in ſpecie prohibitum appareat; de quo ſunt textus Autoris.

QV. (6) An extraordinaria fideicommiſſi perſecutio cedi poteſt?

AFFIRM. Quia jus, quod ea actione petitur, ſcil. fideicommiſſum, cedi poteſt.

Laut. pag. 328. verb. *extraord. fideic. perſecutio.*

OBJ. *L. 59. §. 1. Jur. dot.* Ubi mulier, cui fideicommiſſum reſtitui debet, juſſit marito ſuo dotis nomine promitti fideicommiſſum, quod dicitur non valere: ibi: *nam obligare mulieris debitorem ita æquum eſt, ſi accipere id ipſum quod ei debetur vir poteſt.*

RESP. (1) Agi ibi de uxore, quæ dotis nomine fideicommiſſum jubet promitti marito, hoc autem fiduciarius non poteſt cedere marito; fruſtra enim cederetur marito nomine dotis actio, quæ mulieri non fuit prius ceſſa, fieret enim

enim hæc indotata, cum non posset finitis nuptiis repetere actiones quæ nunquam ipsi cessæ sunt, sed sibi cessas iterum marito cedere in dotem potest. (2) Quæritur ibi cui restitutio fieri ex SCto Trebelliano debeat? scil. soli fideicommissoriæ. Non an cedi possit, illa enim deinde omnino cedere potest. *d. l.*

Laut. pag. 328. verb. *Non etiam actiones crim.*

Qv. (7) An actiones criminales & populares cedi possunt?

NEGATUR. Nam pœnæ sunt jus, quod non est in potestate nostra, nec in bonis indeque uti jus hoc, ita actiones pro eo consequendo, transferre non possumus.

Laut. pag. 328. verb. *Actio personalis ad usum &c.*

Qv. (8) An actiones personales ad usum petendum cedi possint?

NEGATUR: propter exceptionem secundam, quia ad quotidianam necessitatem personæ usus concessus est; hoc ergo jus personæ cohærens extra eam esse nequit, indeque nec vendi potest. *Laut. p.* 382.

Laut. pag. 328. verb. *Actio ad rem &c.*

Qv. (9) An actio revocatoria, quæ ex jure sanguinis competit, cedi possit?

NEGATUR: Nisi cedatur agnato: Quia extra personam agnati esse nequit. *Laut. d. l.*

Laut. ibid. verb. *de jure actione &c.*

Qv. (10) An jus annuos reditus redimendi vel luendi alteri cedi possit?

RESP. *Emtor* cedere potest, quia debitoris non interest, quis ipsius creditor sit, & cui solvat, nam utrique æque solvere cogitur; At *venditor*, seu ille qui solvit reditus, non potest, quia alium debitorem creditori obtrudere nequit, & delegatio quædam esset, quæ non fit nisi consensu. Conf. *Harpr. h. §. f. n.* 39.

Qv. XV. *An vendito nomine venditæ quoque intelligantur accessiones?*

Laut. pag. 329. verb. *Cum accessoriis &c.*

AFFIRMATUR: Nam vendito nomine venit omne jus, quod ex ea causa habet venditor; adeoque & actio ex stipulatu contra fidejussores. *L.* 23. *pr. ff. h. Venditor* enim actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores hujus debiti, cedere debet; quin & pignoris persecutionem. *L. 6. ff. h. L. 6. L 7. C. de Oblig.*

EXC. Si aliud actum sit, tunc enim quod inter partes placuit jus est. *L.* 23. *pr. ff. h.*

Qv. XVI. *An cessa sola actione principali cessæ quoque videantur accessoriæ?*

Dissent. Laut. ibid. verb. *Nam hæc non transeunt.*

NEGAT id Autor; at verius est, speciali cessione in accessoriis opus non esse: Nomen enim semper venit cum sua causa, *L.* 23. *h.* adeoque cesso nomi-

nomine illud cum sua causa cessum videtur. Idque diserte dicitur in *L. 6.* ibi: *si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus &c. pignora &c. persequere.* Atque hinc si hæres constituit debitum hæreditarium, restituta hæreditate etiam hoc constitutum transit: *L. 22. ff. Const. pec.* Idem est, si fidejussor pro debito hæreditario accedit, nam etiam fidejussoris obligatio transit cum hæreditate, *L. 21. pr. de fidej.* quia sub hæreditate restituta continetur debitum, quod semper transit cum sua causa.

OBJ. *L. 11.* ibi: *& si hoc factum fuerit, cessis actionibus uti poteris. L. 14.* ibi: *vobisque mandatæ sunt actiones. C. de fidej. & Mand.* Ubi actio hypothecaria in specie cedi debet.

RESP. Hoc verum, quia nomen ipsum ibi cessum non erat.

OBJ. *L. 73. pr.* ibi: *ut ei cedat pro pignoris commodo actionem ff. ad SC. Treb.*

RESP. Non fuit ibi cessum nomen, sed hæreditas restituta, qua non continetur nomen quod hæres fecit.

OBJ. *L. 23. pr. h.* Ubi omne jus cedi debet, adeoque & pignora, aliæque actiones accessoriæ.

RESP. Cessum quoque omne jus intelligitur, si nomen cessum sit.

QV. XVII. *An periculum nominis ad emtorem pertineat, etsi evictionem venditor expresse promiserit?*

AFFIRM. Quia per hanc evictionem promittit jus persequendi in judicio, & quod illud evincere velit, non nomen ipsum.

Laut. pag. 330. verb. *& evictionem expresse &c.*

OBJ. *L. 4. h.* ibi: *nisi aliud convenit.*

RESP. Non convenit ibi ut evictio præstetur, sed ut bonum nomen sit, ex quo omnino tenetur.

QV. XVIII. *An tunc quoque periculum nominis ad cessionarium pertineat, cum is ignoravit debitorem non esse solvendo?*

AFFIRM. *arg. L. 4.* ibi: *non debere præstare, h. L. 74. §. 5.* ibi: *duntaxat ut sit, non ut exigi etiam, quia nomen quod promisit, præstitit ff. de Evict.*

Laut. pag. 330. verb. *Aut emtorem ignorasse &c.*

OBJ. *L. 41. § 3.* vers. *Quod si jam tunc &c. ff. de Jure dot.* Ubi uxor cessit marito dotem, & tunc demum mariti esse periculum dicitur, si sciverit, non vero si nescivérit.

Resp. Verum hoc eſt in re dotali, nam ibi periculum pertinet ad uxorem tanquam dominam naturalem dotis, non vero ad maritum, niſi ſciverit debitorem non eſſe ſolvendo, quia tacite tum videtur conſenſiſſe.

Qv. XIX. *An debitor, qui certo ſcit ceſſionem eſſe factam, cum effectu juris cedenti ſolvere poſſit?*

Laut. pag. 332. verb. *Modo debitor ceſſus &c.*

Negatur: Quia certum eſt facta denunciatione ceſſionis debitorem tuto non ſolvere; *L. 3. C. de Novat. Laut. p. 331.* at qui certo ſcit ceſſionem factam eſſe, habetur pro certiorato. *L. 1. in f. ff. Act. Emt.* Idque in terminis traditur in *L. f. ff. de transact.* ibi: *venditor hæreditatis cum debitore hæreditario, NB. qui ignorabat venditam eſſe hæreditatem, tranſegit: ſi emtor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negotii debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt.* Accedit quod ceſſionario non fiat præjudicium, utpote cum actione emti agat contra venditorem, ut nomen, vel id quod intereſt, præſtet.

Equidem plures ſunt Dd. qui dictam legem finalem ad transactiones reſtringunt, *Laut. p. 332. pr.* adduntque differentiæ rationem, quod per ſolutionem venditor totum acquirat debitum, indeque ceſſionario non fiat præjudicium, utpote cujus non intereſt, ſive a venditore ſive a debitore ceſſo pecunia ſolvatur; at per transactionem aliquid remitti, quod cedens in præjudicium ceſſionarii non poſſit. Verum recte ait *Laut. d. l.* eandem utrobique eſſe æquitatis rationem, nam uti per transactionem, ita per ſolutionem debitum ipſo jure tollitur: Indeque ceſſionarius actionem contra debitorem non habet, ſed ex vendito contra venditorem agit, ut nomen præſtet, vel ſi non poteſt, (uti ſi tranſegit cum ſuo debitore, vel ab eo exegit,) id quod intereſt; Hic ergo nullum præjudicium eſt ceſſionarii, nec ejus juri derogatur per transactionem, ſed cedens nihilominus in ſolidum tenetur.

Qv. XX. *An ceſſionarius in exigendo debito cedenti præferatur, etiam ſi ceſſionarii litis conteſtatio, partis acceptio, vel denunciatio non præceſſerit?*

Laut. pag. 332. verb. *& cedenti concurrenti &c.*

Affirm. *Arg. L. 55. de Procur.* ibi: *præferendus non eſt, vel pecuniam ſuſcipiendam:* Nam in concurſu magis effectus quam titulus inſpicitur & exceptione doli cedens repellitur, quod contra proprium factum veniat.

Aliud ergo eſt, ſi non concurrunt, ſed cedens ſolus agit, tunc recte ei ſolvi poteſt, de quo eſt *L. 3. C. Novat.* niſi certo ſciat, *vide q. præced.* vel certioratus ſit debitor ceſſionem factam eſſe. *d. l. 3.*

Qv. XXI. *An cedentis beneficia actioni annexa prosint quoque cessionario?*

AFFIRM. Et quidem realia semper, personalia quamdiu cedens vivit.

Laut. pag. 333. verb. Utitur jure & privilegio &c.

Sic jus hypothecæ, quod doti cohæret, cessionario quoque prodest, quod jus reale & causæ esse dicunt, scil. dotis *Laut. d. l.* At aliud vulgo statuitur in privilegio prælationis, illudque cessionario prodesse negant; cum tamen hoc cohæreat hypothecæ: Sed licet personæ cohæreat, cur non ut alia personalia cedi posset utiliter, &, ut ususfructus, ratione effectuum, ut valeat donec cedens vivat; inprimis si ut procurator agat, & in causa onerosa.

EXC. Nisi ita sint personalia, ut jus in aliam personam nequeat transire, uti electio. *L. 76. V. O.*

Qv. XXII. *An emtor utatur proprio privilegio in præjudicium debitoris?*

NEGATUR. Etsi utili actione experiatur, quia ex causa & jure cessionis, non suo agit.

Laut. pag. 334. verb. Non etiam proprio &c.

Qv. XXIII. *An cessionarius a debitore cesso usuras usurarum petere possit?*

NEGATUR: Rationes a *Beato Parente in Disp. de Anatoc. p. 17. §. 13.* hæ allegantur: (1) Quoniam irrefragabili ratione demonstratum est, nec sola mutatione personæ mutari usuras, *d. disp. th. 10.* nec sola pactione. *d. thes.* præsertim (2) cum cessionarii & cedentis idem prorsus debitum sit: Nec (3) aliud quicquam cessionarius petere possit, quam quod ipsi cessum est, cessæ autem usuræ sunt, non sors. Nec (4) cedens plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, transferret vero plus sortis, si usuras quoque in sortem cederet. (5) Nec cessionarius nomine procuratorio plus petere potest, quam cedens potuisset; utique vero plus peteret, si ex ea parte usurarum usuras quoque petere posset, ex qua cedens non potuit. (6) Quin revera nec mutatur Persona creditoris, non magis, quam si quis per procuratorem suum agit; quippe cessionarius est procurator cedentis, etsi in rem suam. Et alias (7) his casibus aliorum facto alterius, scil. debitoris, conditio gravior ac durior fieret, contra *L. 47. de R. J. Franzk. lib. 2. var. resolut. n. 115.*

Laut. ibid. verb. Hinc usuras usurarum &c.

Ut adeo longissime a vero absit sententia *Berl. d. Dec. 268. num. 37.* etsi pro ea geminum præjudicium afferat; Sed contrarium præjudicium Ordinis Wittenbergici refert *Dn. Berger in resol. ad Laut. L. 18. tit. 4. q. 13.*

Atque

Atque hinc vera non eſt ratio a *Laut. p. 334.* allegata, quod uſuræ in perſona debitoris retineant naturam uſurarum, & lata hæc refutantur a *B. Par. dict. Diſp. Sect. 2. per tot.*

OBJ. (1) *arg. l. 7. §. 12.* ibi: *earum uſuras agnoſcere eos oportet. L. 58. §. 1.* ibi: *omnium pecuniarum uſuras &c. ff. de adm. tut.* adeoque ibi tutor, qui uſuras exactas penes ſe retinet, earum uſuras præſtat.

RESP. Hoc inde eſt, quia hæ uſuræ ſolutæ ſunt, & debiti cauſa mutata eſt: *dict. ſect. 2. ſ. 18.*

OBJ. (2) *arg. l. 19. ſ. 4. ff.* ibi: *vel quas ex noſtra pecunia percipere potuimus. L. 18. C.* ibi: *ſumtuum factorum uſuras &c. de Neg. geſt.*

RESP. Textus plane non loqui de uſuris uſurarum, ſed prior caſus loquitur de repetendis uſuris, quas e pecunia, adeoque ſorte, percipere poteſt: Poſterior loquitur de repetitione impenſarum.

OBJ. (3) *L. 9. ſ. 3. ff. adm. tut.* Ubi tutor adverſus ſe quoque præſtare debet, quod adverſus alium præſtare debuit pupillo.

RESP. Atqui ab extraneo tutor non exigit uſuras uſurarum, ergo nec a ſe. *dict. ſect. 2. ſ. 17.*

OBJ. (4) *L. 2. C. de Uſur. pup.* Ubi in genere ejus, quod ex cauſa tutelæ debetur, uſuras præſtari debere dicitur.

RESP. Per illud debitum intelligitur ſors, quia uſuris opponitur. *d. diſp. S. 2. §. 17.*

QV. XXIV. *An lex Anaſtaſiana reſtringenda ſit ad actiones incertas & dubias?*

Laut. pag. 334. verb. *Neque hæc lex &c.*

NEGATUR: Nam eadem eſt ratio ſive certæ ſint obligationes, ſive incertæ; ſi enim vexandi debitoris cauſa ceduntur, merito improbantur.

OBJ. *L. 22. C.* ibi: *cum certum ſit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea ſuppetebant, jura ſua vindicare, quam ad alios ea transferre velle:* Adeoque ait Imperator, neminem indubitatas obligationes ceſſurum eſſe, indeque ſaltem de dubiis loqui videtur.

RESP. Omnes actiones ſunt incertæ, ſaltem ratione exactionis: Indubitatæ autem ibi dicuntur, quæ probari poſſunt, & quas cedens putaſſet ſe probaturum; adeoque quæ ita certæ ſunt ut non diffidat victoriæ.

Atque hinc praxis non obſervat differentiam inter obligationes certas & dubias, uti ex præjudiciis a *Laut. pag. 334.* allatis apparet.

QV. XXV.

QV. XXV. *An cesset lex Anastasiana, si quis debitum immaturum praesenti pecunia minoris emat?*

AFFIRM. Nam revera minoris est, quod nondum exigi possit. *Laut. pag. 335. ibique Dd.*

Laut. pag. 335. verb. item si quis debitum &c.

DISSENTIT *Carpz. p. 2. c. 30. def. 36.* Ubi reducendam rem esse ad legitimas usuras putat, & si quid ultra lucraretur emtor, eatenus locum fore legi Anastasianæ; sed male: Nam venditione facta frustra de usuris quæritur; Neque usuraria pravitas est causa legis Anastasianæ, sed odium redemtionis alienarum litium. Vide *supra q. 13.*

QV. XXVI. *An omnis cessio actionis etiam ex probabili causa prohibita sit?*

NEG. Nam variæ sunt causæ, quibus etiam minori pretio fieri venditio potest: Vide *supra q. 2.* easque recenset *Laut. p. 336. pr.*

Laut pag. 335. verb. Hinc venditio tota &c.

OBJ. *L. 24. C. Mand.* Ubi omnes illæ exceptiones, quæ in *L. 22. C. Mand.* continentur, tolluntur & abrogantur, unoque tantum casu valere cessiones actionum asseritur, si scil. fiant donationis causa.

At bene RESPONDET *Laut. d. l. p. 336.* eam esse spuriam: Neque enim exstat in ullo Codice, sed *Cujacius* illam restituit ex libris *βασιλικῶν*, qui vero nec ipsi constitutionem, sed saltem sententiam ejus referunt. *Cuj. L. 16. O. 16.*

NOT. In dubio, quoties minus pretium est, cessionarius habetur pro redemtore litis, adeoque illa præsumtio oritur ex acceptatione minoris pretii, & emtor tunc justam & probabilem causam probare tenetur: Ampliationes octo illius regulæ exhibet *Brunn. L. 22. C. Mand.* Conf. *Berl. p. 1. dec. 33.*

QV. XXVII. *Si quis contra legem Anastasianam minori pretio emat, cui acquiratur superfluum seu residuum debiti?*

RESP. Manet penes eum, qui nomen cessum debet, quia nemini alii actio competit, non *cedenti*, quia vendidit & transtulit suo facto; non *cessionario*, quia ei obstat exceptio legis Anastasianæ; non *fisco*, quia pœnæ non sunt fingendæ. Idque confirmatur ex *L. 23. §. 1. & 2.* ibi: *vel aliquam contra debitorem &c. esse actionem*, item, *nulla contra eum oriatur molestia.* Unde concludit *Brunn. d. l.* Si nulla cedenti vel cessionario actio datur contra debitorem de superfluo, item, si nulla ipsi ex hac cessione creanda est molestia, necesse est debito-

Laut. pag. 336. verb. cui autem acquiratur &c.

bitorem liberari: Addatur *L. 2. C. Ne lic. pot* ibi: *debiti jactura multentur. Nov. 72. c. 5.* ibi: *Non ut remeent rursus ad eum qui cessit &c.*

Atque ita pro debitore duo exstant præjudicia apud *Finkelth.* & *Richt.* quæ notat *Laut. pag. 336.* & aliud est apud *Carpz. p. 2. c. 30. def. 35.* Eamque sententiam confirmant *Sand. de cess. act. c. 11. n. 10. Brunn. ad L. fin. C. Mand. n. 5. Bockelm. ff. h. §. 7. Pagenstecb. in sicil. h. p. 207. & seq. Berg. ad Laut. h. q. 16. & pag. 920.*

Obj. (1) Quod amissio residui sit pœna, *d. l. 2. d. Nov. 72.* adeoque fisco applicanda.

Resp. Est pœna privata, quæ cedit debitori, cujus forte vexandi gratia cessio facta est. Neque fisco in casibus jure non expressis danda est actio.

Obj. (2) Quod debitori tantum in tribus casibus residuum tribuatur in *d. l. 23. §. 1. & 2.* In cæteris ergo casibus videtur penes cedentem lucrum manere. *Carpz. p. 2. c. 30. def. 37.*

Sed bene Respondet *Brunn. ad l. 23. C. Mand. n. 5.* contineri in *d. l. 23.* ampliationem legis præcedentis, quod ergo de ampliatione dicitur, id etiam de regula dicendum: Nec ex textu ratio differentiæ colligi potest, & utraque favorem debitoris respicit.

Obj. (3) Quod si cessionarii dolo quis inductus bona fide cesserit, ideo puniri non possit residui privatione, *L. 9. Quæ in fraud. Cred.* adeoque illud cedenti videtur tribuendum.

Resp. Cedens non propter dolum actionem non habet ad residuum petendum, sed quia semel suo facto omne jus suum transtulit.

Insto: Atqui cessio hujusmodi quoad superfluum habetur pro infecta. *Carpz. p. 2. c. 30. def. 37.*

Resp. (1) Id adhuc in quæstione est: Nam (2) hoc principio posito non tantum si bona fide, sed & si mala fide cesserit, daretur repetitio venditori: Inprimis (3) cum error juris in amittenda re sua cedenti non deberet nocere. *L. 7. & 8. ff. Jur. & fact. ign.* vid. omn. *Dn. Pagenst. in sicilim. p. 207.*

Obj. (4) Quod venditor in jure erret, error vero juris non debet nocere rem suam amittenti.

Resp. Aliud est si lex ejusque ratio ita disponat.

Obj. (5) *Const. Imp. pol. de anno 1548. & 1577. tit.* von wucherl. *Contract.* §. dieweil aber solche 2c.

Resp. Loquitur de usuraria pravitate: Quæ cessat in venditione.

Obj.

OBJ. (6) Quod pœnæ privatæ hodie cessent.

RESP. Actiones pœnales sunt sub sublatæ, non vero si quis retinet in pœnam aliquid alieni. vid. sup. *L. 14. tit. 6.*

QV. XXVIII. *An hodie adhuc obtineat Lex Anastasiana?*

AFFIRM. De Germania, Gallia & Flandria id probat *Laut. p. 337.* de Camera Spirensi *Böckelm. ff. h.* de Marca & Clivia *Feltm. tract. de jure in re c. 27. in f.* de Marchia exstat expressa constitutio El. de anno 1661. 18. Jul. vi cujus utraque pars jurare debet totum pretium solutum esse: de Saxonia vide *Carpz. p. 2. c. 30. def. 35.*

Laut. pag. 337. verb. Hodie adhuc.

OBJ. Quod hodie pœnæ privatæ cessent.

RESP. vid. *q. praeced.*

QV. XXIX. *An cessio facta a cedente revocari possit?*

NEGATUR; Nam cessio est translatio juris in alterum, nihilque ejus penes cedentem remanet, *L. 23. §. 1. Mand. Nov. 72. c. 5.* & cum obligatio inter partes semel constituta sit, ea invita altera parte revocari nequit. *L. 5. C. de obl. & act.*

Laut. pag. 337. verb. Cessio semel facta &c.

Neque OBSTAT *L. 3. C. Novat.* ibi: *tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.*

RESP. Alia quæstio est, an revocari possit cessio? & hoc negatur; sed cedens actione emti obligatur præcise ad nomen illud tradendum, vel ad id quod interest: Alia vero quæstio est, an debitor cessus liberetur, si cedenti solvat? & hoc affirmatur in *d. l.* si ipse cessionem factam nesciat. vid. *sup q. 19.* Hic ergo valet solutio, non quia revocata est cessio, sed quia nihil imputari potest debitori cesso, qui bona fide suo creditori solvit.

QV. XXX. *An cessio facta exstinguatur morte venditoris cedentis?*

NEG. *l. 33. C. de don.* ibi: *sicut venditionis titulo ad hæredes transmitti.* Nam ex hoc contractu jus quæsitum fuit defuncto, quod transit ad hæredes.

Laut. pag. 338. verb. nec venditoris cedentis &c.

OBST. *L. 8. C. de obl. & act.* ibi: *nec quod tibi dari mandavit, petere potest.*

RESP. Agitur de simplici mandato quod morte finitur, hic autem non est nudum mandatum, sed emtio, & uti hæc, ita & cessio, ad hæredes transit. vid. *Laut. pag. 338. ibique Dd.*

Qv. XXXI. *Quid sit assignatio?*

Laut. pag. 338. verb. Simile huic &c.

RESP. Est mandatum quo alii solutionem vel præstandam vel exigendam committimus: Aliquando id fit per pactum, aliquando per ultimam voluntatem, aliquando per cessionem, plerumque vero per nudum mandatum. Uti hæc plenius explicavi in *Disput. de Assignationibus quæ sub nomine & præsidio B. Parentis prodiit.* Conf. quoque *Disp. Dn. Strykii de Assignationibus &c.*

LIB. XVIII. TIT. V.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICET AB EMTIONE DISCEDERE.

Qv. I. *Qualisnam actio detur pro rescindendo contractu ob enormem læsionem?*

Laut. pag. 339. in fin. verb. Proponitur hæc querela &c.

RESP. Actio emti vel venditi: Rationem addit. *Laut. p. 339.* Quicquid enim est contra bonam fidem, in contractu bonæ fidei corrigitur per ipsam actionem ex isto contractu descendentem. *L. 79 ff. pro Soc.* Atque id patet in redhibitione, quæ etiam est resolutiva contractus, & tamen per actionem ex contractu emtionis intentari potest. *L. 6. §. 1. Contr. Emt. l. 11. §. 5. Act. emt. d. l. 79.*

OBJ. Quod hæ actiones emti venditi sua natura ad impletionem tendant, nec iis ad rescindendum agi facile possit: *L. 6. C. Act. emt.*

RESP. Verba *non facile* ostendunt regulariter quidem non agi, sed tamen aliquando.

DISSENTIUNT varie Dd. *Alii* defendunt competere implorationem officii judicis propter verba *legis 2. C. de rescind. vend. autoritate judicis intercedente:* Quos rejicit *B. Par. in Disp. de rescind. vend. ex l. 2.* quia hæc verba, cum ad judicem relata executionem facti potius respiciant, videntur denotare officium judicis mercenarium, quod actioni inservit. *dict. Disp. th. 14.*

Alii concedunt condictionem ex lege, *Dd. apud Laut. p. 339.* at quia ordinaria actio ex ipso contractu datur, merito condictio ex lege, quæ subsidiaria est, *L. un. Cond. ex lege* cessabit. *B. Par. d. Disp. th. 14.*

Alii Restitutionem in integrum dari putant, *Dd. apud Laut. p. 339.* Quod ideo

ideo non admittimus, quia actio ordinaria ibi datur, ita ut non opus sit ad extraordinarium remedium restitutionis confugere.

An vero tanti interest?

AFFIRM. Nam (1) si actio ordinaria ex emto datur, durat 30. annos. *L. 3. C. præsc. 30. vel 40. ann.* Si vero restitutio in integrum, finitur quadriennio: Vide *supra tit. Quod met. caus. q. 4. 5. & 6.* Conf. *Laut. p. 350.* verb. *Præscriptio*, & supra *tit. de restit. in integr. q. 1. in f.* (2) Actio ex emto est bonæ fidei, at condictio ex lege est stricti juris. *Laut. tit. de Cond. ex leg. in pr.* inter quæ multum interest *hodieque.* vide *tit. de pact. q. 20. in fin.*

Conf. pro nostra sententia *Dn. Berger. in animadv. ad h. l. Laut.* ubi more solito egregie eam firmat: *B. Par. in dict. Disp. th. 14.* & *Dd. apud Laut. d. l.*

At bene notandum, hæc obtinere, quoties læsio enormis vindicatur ex negotio *bonæ fidei:* Quid si vero quis læsum se dicat ex negotio *stricti juris?* tunc cessabit actio ex ipso contractu, per ea quæ tradita sunt *tit. pact. q. 20.* Necessario ergo tunc confugiendum erit ad condictionem ex lege, quia alia actio non est: Neque jam per modum restitutionis res expediri potest, quia ex nova illa lege 2. proprium remedium oritur.

Qv. II. *An restitutio ex causa enormis læsionis jure Digestorum jam obtinuerit?*

AFFIRM. Egregie hoc deducit *B. Par. in Disp. de remed. L. 3. C. Comm. utriusque, &c. Sect. 1. §. 5.* Verba ejus hæc sunt: Observandum inprimis est, restitutionem ex causa enormis læsionis non esse introductam primum per *l. 2. C. de rescind. vendit.* Sed jam antea & jure quoque Digestorum obtinuisse, comprehendique sub edicto restitutionis majorum, in *l. 1. ff. ex quib. caus. major.* & quidem sub clausula illa generali, *si qua justa causa mihi fuerit &c. d. l. 1. §. 1. l. 26. §. fin. eod.* cum enim vi hujus clausulæ permissum sit judici, ubicunque æquum videtur, in integrum restituere, *d. l. 26. §. fin. in pr.* negari neutiquam potest inprimis æquum quoque esse, ut enormia damna reparentur. *l. 6. §. fin. ff. de jur. dot. l. 79. ff. pro soc.*

Laut. pag. 339. verb. Alii veteribus &c.

Quodnam autem esset enorme damnum, tunc definitum non fuit, sed arbitrio judicis id quoque permissum erat: definitur vero hoc demum in *d. l. 2. in fin.* & restringitur ad læsionem ultra duplum, idque certissima hac ratione constat, quod *d. l. 2.* agat de negotio ante contracto, scil. de venditione jam ante facta: verb. *Si tu vel pater tuus distraxerit*, quæ proinde, si semel ita valuisset, ut tempore contractus nullum contra eam remedium juris fuerit, non potuisset ex postfacto eam Imperator per *d. l. 2.* tollere: Expediti enim juris

 est,

eſt, tum quod jus ſemel ex cauſa valida quæſitum nec Princeps auferre poſſit, tum quod ex eadem naturali ratione leges in futurum, non in præteritum obligent, & ad negotia futura non ad præterita referantur. *l. 7. C. de legib.* Neque ab hac naturali regula alia datur exceptio, quam in legibus mere declaratoriis ac negotiis adhuc pendentibus: *d. l. 7. Nov. 143. in fin. Clement. Un. de probat.* in his enim cum nondum jus parti quæſitum ſit, ſed pendeat a futura deciſione ſeu declaratione, hæc, ubi ſequitur, ad iſta quoque negotia absque ulla injuria referri poteſt. Atque ita *d. l. 2.* id quidem, quod ab arbitrio judicis adhuc pependit, & declarandum fuit, ſcil. quænam eſſet enormis læſio, perpetua lege declarare ac definire potuit; ipſam autem venditionem jam perfectam, ſi tum jure valida fuiſſet, novo jure tollere non potuit: Atque ita paſſim occurrunt veſtigia juris veteris, quibus ante *d. l. 2.* quoque ſuccurſum fuit in pretio læſis: uti in *l. 79. 80. pro ſocio.* Ubi corrigitur nimia læſio, quæ per arbitrum definiendis ſocietatis partibus illata fuerat; nihil autem intereſt, an ipſi ſocii partes per ſe definiant, an per alium. *arg. l. fin. C. de contr. emt.* Ita læſis in pretio actiones jam olim competiiſſe apparet ex *l. 2. ff. Depoſ. l. 12. §. 1. ff. Fam. Erciſc. &c.* Hucusque B. Parens.

Sed & porro enormem læſionem jam olim juſtam reſtitutionis cauſam fuiſſe apparet ex *L. 54. ff. Contr. Emt. L. 6. §. 2. ff. Jur. dot. L. 12. §. 1. Eod. L. 3. Comm. utr. jud. L. 3. C. Quib. ex cauſ. maj.* Conf. *Diſp. B. Par. de Reſc. vend. th. 15. & ſupra tit. de Reſt. in integrum q. 1.*

Qv. III. *Cur tunc demum enormis læſio videatur, ſi quis ultra duplum veri pretii læſus eſt?*

RESP. Hoc inde eſt, quia nemo rem ſuam juſto pretio vendere tenetur: ſed unicuique liberum eſt alterum circumvenire. *L. 16. §. pen. de min. L. 22. §. fin. Loc. l. 6. de Emt. Vend. L. 21. C. Mand. L. 6. C. de Jur. del. L. 5. C. O. & A. Struv. Ex. 23. th. 29. Diſp. B. Par. de Reſcind. Vend. th. 1.* Non enim (ſunt verba *B. Par. in diſp. de Remed. l. 3. C. com. Utr. jud. S. 2. §. 8.*) res quibus utimur certum ac definitum a natura pretium habent; ſed variant quam maxime rerum pretia, pro vario affectu, indigentia, copia, locis, temporibus &c. *l. 63. §. fin. ff. ad leg. Falcid.* Hinc, & ſi juſtum pretium ſit æquale rei, hæc tamen æqualitas ac proportio non conſiſtit in certa quantitate & quaſi in puncto; ſed maximam latitudinem habet, intra quam omne pretium uni rei æquale dicitur, & ſi utroque partis conſenſu definitur, revera æquale eſt. Hæc vero latitudo, cum a natura definita non ſit, olim arbitrio judicis relicta, deinde in *d. l. 2.* conſtituta fuit, qua omne pretium æquale intelligitur, quod non eſt minus dimidio veri pretii. Atque adeo tota ratio & æquitas *d. l. 2.* ſita eſt in

in illa latitudine pretii; ac in omnibus negotiis, in quibus *d. l. 2.* obtinet, enormis læſio non aliter æſtimatur quam ratione pretii: adeo ut in permutatione quoque, etſi pretium non veniat, ſed utrinque res, enormis tamen læſio non intelligatur, niſi, utraque re rite æſtimata, altera ultra dimidium veri pretii minus valeat altera.

Atque ita in cæteris quoque negotiis, ipſisque adeo diviſionibus, ut & in ſocietate, quatenus in iis de rerum æſtimatarum vel permutatarum pretio quæritur, adeoque quatenus inſtar emtionis vel permutationis ſunt, ſola læſio enormis attenditur.

Neque OBSTAT quod in aliis negotiis, ut in diviſione, quælibet inæqualitas reformetur.

RESP. Rationem differentiæ dedi ſupra *tit. Comm. div. q. 7. Obj. 1.* Conf. *dict. Diſp. Sect. 2. per tot.*

Qv. IV. *Quando videatur enormis læſio?*

RESP. *Si nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit. L. 2. C. h.* Adeoque *venditor* læſus videtur, ſi infra dimidium veri pretii accipit, *emtor* vero, ſi ultra dimidium veri pretii ſolvit: Neutro enim caſu dimidia pars juſti pretii ſoluta eſt, *d. l. 2.*

Laut. pag. 340. verb. Hæc querela &c.

Atque hinc apparet *venditorem* non eſſe læſum, ſi, cum res valeat X. ille eam vendat pro V. quia dimidia pars veri pretii ſoluta eſt; *Laut. p. 340.* ubi de praxi; Sed tum demum, ſi, cum res valeret X. ille accipiat IV. jam enim nec dimidia pars veri pretii ſoluta eſt. *d. l. 2.* Ita e contrario ſi *emtor* rem, quæ X. valet, emat pro XV. non eſt læſus, quia non ultra dimidium veri pretii ſolutum eſt. At ſi ſolvit XVI. datur reſtitutio, quia ultra dimidium veri pretii ſolvit.

Qv. V. *An læſio enormiſſima in jure fundetur, & an effectum habeat?*

RESP. In jure plane incognita eſt: Sed quoties dimidia pars juſti pretii non ſolvitur, ſive exceſſus magnus ſit, ſive exiguus, negotium reſcinditur. *L. 2. C. h.*

Laut. pag. 340. verb. Læſio multum excedens &c.

Adeoque læſio enormiſſima ſpecialem effectum non habet. Nam quod (1) quidam putent eam ob præſumtum dolum negotium reddere ipſo jure nullum, *Carpz. 2. 34. 7. pr.* verum non eſt, & recte id rejicit *Laut. p. 340.* quia dolus non ex quantitate pretii, ſed animo dijudicatur: *vid. l. 10. C. h.* (2) propter enormiſſimam læſionem ex lege 2. contra tertium poſſeſſorem agi poſſe putant *Berl. dec. 153. & alii Dd. apud Laut. p. 344.* ſed refutatur hæc ſen-

ſententia a *Laut. d. l.* nam actio ex Lege 2. eſt perſonalis; quæ tantum datur inter contrahentes. (3) Dicunt, ſi major juraverit ſe contractum ſervaturum, tunc ſupplementum pretii peti non poſſe, niſi læſio ſit enormiſſima, *Laut. p. 350.* adduntque rationem, quia jurans non præſumitur de eo cogitaſſe: RESP. Imo qui jurat ſe contractum ſervaturum, omni renunciat læſioni ſive enormis ſit, ſive enormiſſima. (4) Actionem ex enormiſſima læſione deſcendentem promiſcue 30. annos durare dicunt *Lauterb. p. 350. ibique Dd.* RESP. Etiam ob enormem læſionem actio intentata durat 30. annos. *Stryk. U. M. tit. de reſt. §. 2. ibique Dd.* Vid. *ſupra tit. de reſtit. in integr. q. 1. in f.*

QV. VI. *An læſus videatur, qui tantilli vendidit, cum res propter ſubitanem, & forte momentaneam mutationem, contractus tempore pluris non valuerit?*

Laut. pag. 341. verb. Neque læſus videtur &c.

NEGATUR: Quia in communi ejus temporis pretio læſio facta non eſt, neque minus dimidia veri pretii ſolutum dici poteſt. *L. 8. C. h. l. 11. §. 4. Min. arg. l. 2. §. 3. Vac. Mun.* ibi: *tempore quo deſiderant.*

OBJ. *L. 36. ſ. f L. falc.* Ubi dicitur non ex momentis temporum, nec ex ea, quæ raro accidat, caritate, pretia conſtitui.

RESP. Hoc verum eſt in pretio communi definiendo, v. g. ſi in Trebellianica quæritur de reſtitutione fructuum totius anni, tunc non hoc vel illud momentum inſpicitur, ſed uti communiter ſunt; At aliud eſt ſi quis ſe læſum dicat, nam in læſionis quæſtione omnino tempus & momentum venditionis inſpicitur: Adeoque loquitur *d. l.* de determinatione juſti pretii in genere non ad effectum reſcindendi venditionem enormi læſione.

EXCIPIT *Peretz h. t. n. 12.* caſum, ſi res, quæ futuræ ſperantur, venditæ ſunt, tunc enim non tempus venditionis, ſed futurus eventus ad læſionem cognoſcendam ſpectari ait: At nulla læſio hic quoque allegari poteſt, quia fructus non ut nati ſed ut naſcituri venditi ſunt, adeoque ſpes tantum. *B. Par. in Diſp. de reſcind. vend. th. 3.*

QV. VII. *An emtori quoque remedium Legis 2. competat?*

Laut. pag. 341. verb. & emtori &c.

AFFIRM. Etſi enim ex verbis legis hoc remedium tantum venditori competat; ratio tamen & mens legis potius attendi debet. *L. 13. l. 17. l. 18. ff. Leg. l. 9. ſ. 5. ff. Jur. & fact. ign.* quæ hic fundatur in ipſa læſione. vid *q. 3. & 4.* Emtori ergo læſo denegari non poterit, cum non tantum in correlatis idem jus ſtatui debeat, *arg. l. 41. ff. R. J.* ſed & ex humanitate læſionem corrigendam dicatur in *d. l. 2.* eadem autem eſt humanitatis cauſa in emtore quæ in venditore: Quin major, quia venditor ſibi imputet, quod rem ſuam tam vili

vili pretio distraxerit, cum istius verum valorem nosse præsumatur; *l. 15. C. h.* quæ causa cessat in emtore, quippe non scientia, sed ignorantia in rebus factisque alienis præsumitur. *l. f. in f. ff. pro suo. Peretz in d. l. 2. num. 7.* Quæ sunt verba *B. Par. in Disp. de Rescind. vend. th. 2.*

OBJ. (1) Quod lex sit correctoria, adeoque stricte intelligenda.

RESP. Imo est declaratoria juris veteris, vid. *q.* 3. ubi jam dictum est etiam succurri emtoribus: Sed & eadem ratio subest.

OBJ. (2) Quod cesset ratio legis in emtore, utpote qui ultro emit, cui proinde leges præsumuntur noluisse succurrere, secus ac in venditore, qui ex necessitate res vendit. *Cuj. alleg. loc.*

RESP. (1) Ratio legis non fundatur in necessitate, sed in læsione enormi, quæ etiam a parte venditoris est. (2) Quin major est ratio in emtore, qui læditur in re aliena, quam in venditore, qui in re propria. (3) Venditor quoque ultro vendere, & emtor ex necessitate emere potest.

Atque hæc sententia indubie in foro obtinet. *Laut. p.* 343. *Mynf.* 4. *O.* 73. *n.* 3. *Carpz. part.* 2. *C.* 34. *def.* 8.

Qv. VIII. *An actio ex L. 2. C. Resc. vend. contra emtorem competat, si res apud ipsum ejus culpa aut mora perierit?*

Vide *quæstionem sequentem.*

Laut. pag. 343. *verb. vel apud ipsum &c.*

Qv. IX. *An debitor alternative sit obligatus vel ad rem restituendam, vel ad pretium supplendum?*

Dissent. Laut. pag. 344. *verb. alternative vel ad rem &c.*

NEGATUR: Sed actio ex *L.* 2. tendit sua natura ad rescindendum contractum, & sic ad repetendum id quod totum est, supplementum autem non in actione, sed in præstatione & ex lege est. (1) Per *L.* 2. *C. h.* verb. *te restituente pretium emtoribus*: & verb. *vel si emtor elegerit, id recipias quod deest justo pretio*, adeoque conceditur venditori facultas restituendi pretium, emtoribus vero electio est supplere: supplementum igitur non est ex ipsa actione ad rescindendum, sed ex lege; indeque non in obligatione, sed solutione esse dicitur *L. 6. §. 1. re jud.* (ubi idem in noxalibus esse dicitur. *Vide supra tit. de Edendo q. 7. & 8.*) Accedit (2) quod hoc negotium sit rescissorium. *Rubr. ff. & C. de resc. vend.* Quin est vera restitutio ex causa generali, qua vero negotia rescindi constat: Electio autem hic ideo competit lædenti, quia suppleto pretio læsio cessat. (3) Supplementum rei conventi non actoris, & electio ab illius, non ab hujus parte est; nam

nam actor agit ad recipiendum pretium, at permittitur reo, ut possit convento contractus insistere, & offerre id quod justum pretium excedit. (4) Neque actione emti venditi actor potest agere ad supplementum pretii, quod non definitum est in conventione, sed quod ex arbitrio judicis aliter statutum est, indeque de hoc pretio, de quo non convenit, non potest agere, sed id ei ultro reus præstare potest.

B. Parens difficillimam hanc materiam ex juris Naturæ principiis explicavit *in Disp. de electione rei conventi Sect. 1. per tot.* Postquam enim ex juris naturæ principiis supposuit, nullam conventionem, in quam error incidit, natura subsistere, deficiente quippe voluntate. Duo tamen remedia ab ipsa natura suppeditari ait; (1) jus supplendi id in quo erratum est, & (2) restitutio damni, quæ ab eo fieri debet, cujus culpa datum est: Postquam porro hæc juri Civili accurate convenire asseruit, prius remedium sequenti modo adstruit: Quin & alias naturæ jus, quo reo convento, facultatem supplendi damni sustinendique negotii, competere diximus sup. §. 3. salvum fecit constitutio civilis in *d. l. 2. C. de resc. vend.* emtorique concessit potestatem salvo negotio supplendi, si id elegerit quod deest justo pretio, *d. l. 2.* quæ proinde facultas, utriusque juris consensu ac auctoritate constitura est.

De hac facultate solvendi id quod deest, acerrime disputant Interpretes. An ex obligatione sit, an vero ex lege? seu, ut loquuntur, An sit in obligatione, an vero tantum in solutione? Alii enim statuunt obligationem alternativam esse, & læso actionem alternatim competere, aut ad rescindendum contractum, aut ad supplendum quod deest, atque id fere post *Abbatem Panormit. in c. cum dilecti x. de Emt. & vend.* sequuntur Canonistæ in *d. c.* Alii autem actionem tantum dari docent ad rescindendum negotium, & repetendum quod datum est; facultatem autem supplendi ex Lege seu in solutione tantum esse. Ea est sententia *Bart. in d. l. 2.* & communis recepta teste *Covarr. 2. Var. res. 4. in fin.* quam sequimur, & cum reliqua omnia inde pendeant, sic demonstramus:

(I.) Quia in obligatione ex emto aliud esset pretium, quam de quo in contractu emtionis convenit. v. gr. si res, quæ 200. aureorum est, emta sit 90. aureis, in actione ex emto esset pretium 200. cum nulla emtio fuerit contracta nisi in 90 aureos. Non potest autem venditor ex contractu v. g. emtionis aliud pretium petere, quam de quo convenit; ejus enim pretii definitio substantiam emtionis constituit, *princ. Inst. de Emt. & vend. L. 2. §. fin. de Contr. emt.* Nec aliud pretium nisi alia emtione peti potest, cum igitur venditor læsus in memorato exemplo petit, ut vel res sibi restituatur, vel pretium usque ad 200. aureos suppleatur, falsissimum est, hoc pretium 200. aureorum esse in obligatione emtionis, quæ non nisi in 90. aureos contracta est. Tan-

tum

tum itaque eſt a lege ſeu in ſolutione. (II.) In hoc remedio pars læſa allegat errore ſuo ſe læſum eſſe enormiter; fundaturque tota ipſius intentio atque actio in eo, quod putaverit rem fuiſſe minoris, vel majoris pretii, eoque deceptus ſit, neque adeo conſenſerit. Ex hac autem allegatione ſeu intentione tantum ſequitur, reſcindendum eſſe negotium, in quo conſenſus deficit, aut error, ſeu deceptio contingit: propter defectum enim conſenſus, errorem circumventionemque reſcinditur atque infringitur negotium, & agitur ad recedendum a negotio. Hoc ſolum itaque eſt in actione, non petitio novi pretii, quæ ex conſenſu, non vero ex defectu conſenſus, errore, aut circumventione, quæ ſola hac actione allegantur, naſci poteſt. (III.) Quod in obligatione eſt, ad id actor agit, ejus enim eſt jus omne obligationis, & quicquid ex ea juris eſt, id actori competit. Sed in *L. 2. C. de reſc. vend.* reo facultas ſupplendi pretii ejusque electio datur, quæ proinde jus rei eſt, non actoris. Non ergo ea eſt in obligatione. Secus ac in alterna obligatione, v. gr. ſi quis ſtipuletur domum aut 100. & reus promittat: in qua non ſola continetur rei electio, quæ ex jure ipſi competit, ſed & promiſſio, ex qua actori obligatio & actio naſcitur. Idque (IV.) manifeſtiſſimum fit ex *L. 6. §. 1. de re judic.* ubi luculenter id, in exemplo noxæ deditionis oſtenditur: ſi enim ſervus injuria damnum dederit, actio ex Lege Aquilia tantum eſt ad damnum reſtituendum, quanti pluris in anno vel menſe fuit: id enim continetur intentione actionis. *L. 2. princ. L. 21. §. 1. l. 23. §. 3. l. 27. §. 5. & ſeqq. Ad L. Aquil.* Hoc damnum igitur tantum eſt in obligatione, noxæ dedendi facultas tantum ex lege ſeu in ſolutione. Haud abs re videtur, verba legis evolvere. *Decem*, ait, *aut noxæ dedere condemnatus; Judicati in decem tenetur; facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit.* Et mox: *Judicium ſolius noxæ deditionis nullum eſt, ſed pecuniariam condemnationem,* (qua damnum ipſum æſtimatur) *ſequitur, & ideo judicati in decem agitur; his enim ſolis condemnatur noxæ deditio in ſolutione eſt: quæ a lege tribuitur. d. l. 6. §. 1.* Quibus clariſſime demonſtratur, omnem facultatem, quæ reo a lege tribuitur, uti facultas ſupplendi quod deeſt ex *d. L. 2.* perinde ac noxæ dedendi ex L. Aquilia, in ſolutione eſſe, non obligatione. Tum vero demum in obligatione eſſe, quando ſingula per ſe in obligationem deducta ſunt, ut ſi quis ſit ſtipulatus decem aut noxæ dedere, *d. l. 6. §. 1. verſ. ad judicium.* Et cum hæc facultas ſolvendi jus rei ſit, ut dictum, ac reo tribuatur, non poteſt minor pugna eſſe inter hæc duo, jus rei in obligatione actoris eſſe; quam ſi diceretur, exceptiones rei in actione eſſe, quæ ſua natura actiones excludunt. *L. 2. princ. L. 22. de Exc. L. 8. §. 1. de verb. ſign.* Quin (V.) oſtendit quoque ratio naturalis *ſup. §. 7.* adducta, totam hanc facultatem rei ex beneficio legis & naturæ quoque jure ita reo permiſſam eſſe, ut hac ratione evitare actionem poſſit. Ea vero quæ ita ex lege reo data ſunt, in ſolutione eſſe, expreſſum eſt in *d. l. 6. §. 1. de Re jud. l. 1. de Nox. act.* Atque hæc communis receptaque ſenten-

tentia est teste *Gutierez. lib. 2. Pract. quæst. 136.* idque receptissimum esse, ex *Molin.* tradit *Pinell. in d. l. 2. C. de resc. vend. part. 2. c. 1. n. 26.*

Exc. Si alter culpa vel dolo læserit, ibi enim reo non datur electio, cum dolus ipsi non prodesse debeat. *Carpz. p. 2. c. 34. d. 7. & 9. B. Par. in Disp. de rescind. vend. th. 5. in f.*

Dissentiunt *Dd. comm.* Qui putant alternativam obligationem hic subesse. *Laut. p. 344. ibique late Dd.* Vide supra *p. 186.* Unde infiniti fere errores nati sunt, ut mox plenius probabimus.

Hinc jam (1) apparet decisio quæstionis ab autore propositæ: An, si res apud emtorem ejus mora vel culpa perierit, hic liberetur? Negat id *Laut. h. p. 343. in f. & 344. in pr.* quia alternativa ipsi est obligatio, indeque alterum adhuc in obligatione esse videtur: At cum jam demonstratum sit per legem 2. agi tantum ad rescindendum contractum, & consequenter ad repetendum id quod læsus dederat, & solummodo in electione rei, non læsi esse, an id quod deest supplere velit, necessario sequitur venditorem peremto eo quod dederat, & quod solum rescisso contractu repetere poterat, non amplius petere posse id quod tantum in electione rei, i. e. in potestate solvendi est, cum id non sit in obligatione.

Adeoque *venditor* læsus, re Casu perdita, agere non potest; at *emtor* potest. In *illius* enim actione res est, quæ periit, debitor vero liberatur rei interitu: Idque probatur *L. 12. ff. Jur. dot. L. 36. §. f. Leg. 1. L. 26. §. 4. Nox. Act. L. 61. in f. pr. furt.* Quæ singula explicantur *d. Disp. th. 13.* In *hujus* actione pretium est, quod rescisso contractu repetit, hoc, cum in quantitate consistat, perire non potest. *L. 11. C. Si cert. pet. d. Disp. th. 13.*

At Culpa re perdita venditor agere potest, quia culpa emtoris factum, ne possit rem restituere, quæ non debet præjudicare venditori: Idem quoque est si post moram periit. Vel si emtor bona fide alienavit, quia hoc casu manet obligatio ex contractu, etsi rem non teneat; modo res casu apud tertium non sit exstincta, quo casu omne jus in eadem re exstinctum est; si mala fide alienavit, dolus pro possessione est.

Obj. Quod emtor tanquam dominus culpam in re sua non præstet. *L. 28. §. 1. sol. matr. L. 25. §. 11. pet. hæred.*

Resp. Exc. (1) nisi debitor sit, qualis hic est venditor: (2) Etsi non teneatur ex culpa, non tamen liberatur ob culpam qua res periit.

Male ergo asseritur (1) querelam hanc dari contra emtorem lædentem, etsi absque culpa ejus res perierit. *Dissent. Laut. 343.* verb. *sive non accesserit.* (2) Emtorem alternative obligari indeque rei interitu eum non liberari.

Dissent.

Dissent. Laut. ibid. verb. *nam debitor alternative.* (3) Venditorem lædentem teneri, si casu res periit, idque propter obligationem, quæ hic subesset, alternativam. *Dissent. Laut. 344.* verb. *læsus rem amiserit casu.* (4) Si vero culpa perierit, emtorem læsum retinere actionem contra venditorem: *Dissent. Laut. p. 344.* verb. *Secus est si bona culpa.*

Atque hanc sententiam post *B. Par. in dict. Disp. th. 5. & 13.* defendit *Dn. Berg. in resol. Leg. h. q. 3.* ubi allegat *Stryk. in h. t. & Schilt. Ex. 30. th. 100.* & de praxi quoque testatur. Add. *Richter. dec. 99. n. 108.*

Prolixe hanc quæstionem examinavit *B. Parens. in Disp. de electione rei conventi Sect. 2. §. 5. seq.* Ubi quæstionem propositam, An, si res apud emtorem pereat, adhuc locus sit remedio *l. 2. C. de Rescind. vend.* his verbis explicat:

Qua in re NOTANDUM (1) Periculum rei ejus esse, qui jus vel actionem habeat ad rem consequendam. *l. 14. §. 1. Depos.* Qui enim jus circa rem illam non habet, jus, quod non est, amittere cum ea nequit. *l. 83. l. 208. de Reg. Jur.* Inde tralatitium illud, quod debitor rei interitu liberetur. *l. 33. l. 37. de verb. obl. &c.* Quæ & causa est, cur emtoris etiam ante traditionem sit periculum, cum ipse sit, qui actionem habet ad rem consequendam. *l. 8. in princ. de Per. & comm.* Atque hæc omnia quoque naturali rationi conveniunt.

NOT. (2) Cum ex *d. l. 2.* in obligatione sit, ut negotium ex læsione enormi rescindatur, ceu *Sect. 1. §. ult.* ostensum; sequitur, si venditor læsus sit, actione id contineri, ut rem rescisso negotio restitutoque pretio is recipiat; emtorem vero supplere pretium posse: ut is, si emptor, rescisso negotio, & restituta re, pretium recipiat, venditorem vero superfluum restituere posse.

His præmissis concluditur: (I.) Si venditor læsus sit, non posse eum, re apud emtorem (nedum apud se ante traditionem, *Pinell. d. c. 1. in fin.*) casu perdita, agere, ne ad supplementum quidem; venditor enim vi obligationis tantum agit ad rem repetendam, *§. præc.* quæ casu periit, eoque & actio extincta & emtor liberatus fuit; *sup. §. 6.* supplementum vero pretii non est in actione, sed solutione, adeoque ejus solius judicium nullum est, nulla actio *per text. expr. in d. l. 6. §. 1. de Re jud.* verb. *at judicium solius noxæ deditionis nullum est.* Et cum hoc supplementum in sola electione rei conventi sit, *d. l. 2.* actio autem ad rem petendam cum re interierit, *§. 6.* nulla actio est, qua reus adigi ad præstandum illud possit. Nec potest ille præstando supplemento liberatus videri, qui jam ante rei interitu liberatus est: nec liberatio ulla esse, cum nihil in obligatione fuit; non res, quia periit; non supplementum, quia ex lege tantum est. *Sect. 1. §. fin.* Denique probatur idem *ex l. 39. §. fin. l. 42. §. 1,*

§. 1. l. 26. §. 4. de Nox. act. arg. l. 12. §. 1. de Jur. Dot. Atque hanc sententiam sequuntur communissime Dd. apud *Gutier. d. q.* 136. *Gomez. 2. var. resol. c. 1. n. 2. Covarruv. 1. var. ref. c. 4. n. fin.* qui omnes receptam, & in Hispania speciali lege confirmatam testantur, *Pinel. d. l. 2. p. 2. c. 1. n. 36. & 37. &c.* Ab ea autem inter alios recessit celeberrimus Germaniæ JCtus *W. A. Lauterbachius, ad tit. ff. de resc. vend. p.* 343. ex falso illo principio, quod alterna sit obligatio, in qua una re perempta altera adhuc debetur, quod abunde refutatum est *Sect. 1. §. fin.*

Si vero rem alienaverit, vel vendiderit emtor, an venditori superest remedium *d. l. 2.* adversus primum emtorem, qui pretium habet? Equidem, si res nondum periit, primum emtorem, etsi bona fide, quin ut verus dominus rite alienaverit, conveniri posse ex communi Dd. sententia admittimus, ne suo facto, etsi alia nulla ejus culpa sit, alii noceat; contra *l. 115. de Reg. Jur. l. 25. §. 2. in f. ad SCt. Treb.* Quin id amplius quo minus statuamus, nihil obstare videmus, quod judex rescisso ex *d. l. 2.* contractu & alienatione, dominium ipsum, eoque rei vindicationem, contra possessorem restituere possit, perinde ac si alienata non esset: cum etiam contra Recentiores ex communi veterum, receptaque in foro, omninoque verissima sententia, in Prætoriis quoque remediis, etsi contra jus civile dantur, id fiat, §. *6.* & ibi *Dd. Inst. de Action.* ut ita integrum sit venditori, actione ex vendito, vel petere ipsam restitutionem rei ab emtore, cum actiones b. f. ad id quoque dentur, *arg. l. 6. §. 1. de Contrah. emt. l. 11. §. 5. de Act. emt. l. 79. Pro soc.* vel rescisso saltem contractu, reddi actionem in rem contra possessorem.

At, si res periit casu apud secundum emtorem, omnis actio pro re certo jure interiit, nec quod non est, amplius deberi aut vindicari per naturam potest. *sup. §. 6.* Nec omnino vera est Dd. ratio, quod cum emtor pretium habeat, illud pro re sit. Id enim in rebus singularibus pernegamus, notissimaque adversatur regula: Quod res sub pretio non contineatur. *l. 88. de V. S.* Item illa, quod speciei interitu debitor liberetur. *sup. §. 6.* In alteram quidem sententiam tanta est Dd. propensio, ut impetu quasi quodam in eam ferri videantur, saltem, si prior emtor plus pretii accepit a suo emtore, quam dedit venditori: ut videre est apud *Covarruv. 2. var. resol. 4. n. 14. Pinell. d. l. 2. part. 2. c. 1. n.* 38. *Fachin. 2. Contr. 18. Gutierez. lib. 2. pract. quæst.* 136. *Zæs. ff. de Rescind. vend. n.* 30. *Lauterb. ff. eod. tit. p.* 343. *Ampliss. Dn. Struv. Exerc. Jur. Civ.* 23. *thes.* 92. *in fin.* & quos illi recensent. Sed expensis juris principiis, impetrare a me nequeo, ut de eorum veritate quicquam concedam.

Concluditur (II.) Si res post moram emtoris periit, venditori dandum omnino remedium *d. l. 2.* ad rem rescissa venditione repetendam, ac si adhuc extaret

taret

taret: cum mora impediat, quo minus debitor rei interitu liberetur, perpetua in eum actione, *l. 5. de Reb. cred. l. 47. §. fin. de legat. 1. &c.*

Concluditur (III.) Si vero citra moram res culpa emtoris perierit ante litis contestationem, extincta est actio venditoris: quia culpæ nemo reus est, qui re tanquam sua, & ut Dominus utitur, *l. 25. §. 11. Hær. petit. arg. l. 21. C. Mandat.* nisi dolo quid fecerit, qui pro possessione est, *l.* 131. *de Reg. Jur. c.* 36. *eod. in 6. l. 8. §. 1. Sol. matr.* Sublata itaque rei interitu actione venditoris, ne quidem supplementum pretii is petere potest. *Sect. 1. §. 9.* Atque hactenus recte defenditur sententia *Struvii d. thes. 92.* & allegati ab eo Scotani. Post litis contestationem vero secus est: durat enim actio, quasi mora quadam jam contracta, nec emtor a culpa, postquam ab eo jam res petita est, excusatur. *l.* 1. *§.* 13. 16. *si quadr. paup. arg. l.* 21. *princ. l. 6. §. 4. de Nox. act. arg. l.* 33. §. 1. *de Rei vind.* Hactenus de casu, quo venditore læso, res periit.

Concluditur (IV.) si emtore læso, res casu periit, non tollitur emtori hoc remedium, adeoque nec venditori arbitrium residui pretii restituendi. A parte enim emtoris, remedium hoc datur ad pretium rescisso contractu repetendum, idque solum in actione est; arbitrium autem restituendi, quod ultra verum pretium venditor accepit, tantum in solutione. *sup. §. 7.* Id vero pretium quod in actione est cum non perierit, nec, ut genus & quantitas, perire possit, *l.* 30. §. 5. *ad L. Falc. arg. §.* 2. *Quib. mod. re contr. obl. l.* 11. *C. si certum pet. &c.* sequitur salvam esse emtori actionem, ad repetendum rescissa emtione pretium, etsi res, quæ in actione non est, perierit. Atque hæc conclusio prope communis omnium est, etsi contrarium in Hispania receptum esse testentur JCti Hisp. *sup. §. 8.* adducti: quod & verius esse asserit *Gometz. d. l.* notatus a *Pinello d. c. 1. n. 39.* Venditori ergo integrum quoque erit, salvo contractu offerre id, quod plus justo pretio accepit. *d. §. 7. sup.*

Verum hæc scrupulo non carent; & solidum pretium restituendum videtur: Dubitandi enim occasionem præbet, quod rescisso contractu res vendita venditori, qui eam recipere debuit, periisse videatur, non emtori; atque hic adeo removeri ab actione non possit, sola oblatione ejus, quod ultra justum pretium datum est. *sup. §. 6.* cessare videtur hic ratio illa naturalis, de qua dictum *Sect.* 1. §. 3. Verum non recedimus tamen a communi sententia, quippe venditor, ceu reus conventus duplex habet beneficium, scil. ut vel rem recipiat, vel verum pretium, restituto quod nimium fuit, retineat. Alterum itaque, si tollatur rei interitu, manet alterum reo, cujus electio est, salvum. Emtor igitur agit equidem ad totum pretium rescisso contractu, recipiendum; sed hanc actionem evitat venditor, offerendo quod plus æquo accepit.

E contrario, emtori deneganda videtur actio, cujus conditionem ipse imple-

implere non poteſt; cum non poſſit rem reſtituere, quæ quaſi conditio actioni ineſt, & reſciſſorii remedii natura continetur Sed nec id movet, cum re caſu peremta extinguatur jus omne, quod ſive emtor ſive venditor circa illam rem habuit, *ſup.* §. *6.* Non poteſt itaque venditor contendere, ut ſibi præſtetur conditio, quæ mero caſu præſtari, aut ideo emtori quicquam imputari nequit.

Concluditur (V.) quod, etſi emtor rem alienaverit, non tamen ceſſet actio ad pretium repetendum, quia in perſonam eſt. Verum cum ſuo facto emtor rem reſtituere venditori, atque ita conditionem actionis ſuæ præſtare non poſſit; removere eum venditor poterit, donec rem præſtet: *pr. l. 91.* §. *1. de Verb. obl.* Quod proinde ſecus eſt, ſi poſt alienationem bona fide factam interierit, atque ita præſtari conditio *d. l.* 2. caſu non poſſit. *§. præc.*

Horum omnium itaque plenarie ſibi conſtat, atque cohæret ratio: Quantopere vero hac in re varient Dd. & quam parum ſibi conſtent, ut alia præteream, vel ex celeberrimo illo, quem jam laudavimus, Germaniæ JCto, *Lauterbachio* apparet; qui, poſito primum contra communem receptioremque ſententiam certamque juris rationem erroneo principio, quod obligatio rei ex *d. l.* 2. ſit alterna, vel ad reſtituendum, quod accepit, vel ad ſupplendum quod deeſt, & utrumque æqualiter in obligatione, deinde paucis lineis plura perperam committit. Ita enim in ſpecie læſi venditoris, (1) re perdita illi tamen actionem concedit contra tradita §. 8. (2) comparat rei interitum, & ſimplicem alienationem contra §. 9. (3) confundit inter ſe moram & culpam contra §. 11. & 12. Et (4) utramque cum caſu contra *d.* §. 12. In ſpecie vero læſi emtoris tradit, (5) quod petere a venditore poſſit ſuperfluum pretium, atque hic ſolvere teneatur, contra §. 14. (6) confundit caſum rei extantis & peremtæ contra §. 16. (7) æquiparat caſum læſi emtoris, & venditoris, quorum diverſiſſimam conditionem eſſe, oſtenſum eſt. Quo tamen ſummi viri laudibus nihil detractum volumus.

(2) Hinc porro quæritur, an libellus alternative concipi debeat? Putant id *Laut. p. 41. Gail. L. 1. O. 62. &c.* ſed male: Nam v. gr. venditor ſimpliciter petit rem reſtitui, at tum reus eligit, an rem reſtituere an vero pretium ſupplere velit, *vide ſupra tit. de Edendo q. 7. & 8.* Adeo autem hoc verum eſt ut licet venditor rem petat, judex tamen alternative ſententiam pronunciare debeat: *Gail. d. O. 62. n.* 10.

Neque OBST. Quod judex tantum pronunciet juxta petita libelli.

RESP. Imo etiam juxta ea, quæ ex officio judicis continentur: Nam judici jura ſupplere permiſſum eſt.

NOT. In arbitrio actoris eſt, an velit alternative petere. *Berl. p. 1. c. 12. n. 25.*

n. 25. Neque tunc plus petit, quia optio relinquitur reo, quæ ei competit: Neque alternativa inde fiet obligatio, ſed alterum in præſtatione eſt. *arg. L. 16. §. 3. pign.* vide ſupra *tit. de edendo q. 7. & 8.*

Qv. X. *An remedium L. 2. detur venditori contra tertium poſſeſſorem?*

NEGATUR: Sed tantum adverſus eum, cum quo contractum, & a quo quis læſus eſt. *L. 10. C. de reſcind. vend. L. f. ff. Contr. Emt.* Neque enim perſonalis obligatio fundum ſequitur. *L. 1. §. Si hæres &c. ad SC. Treb.*

Laut. pag. 344. verb. *Non etiam datur venditori &c.*

Exc. (1) Si reſciſſa emtione priſtina actio reſtituitur, illaque ſit realis; tunc ex natura judicii reſciſſorii (Conf. ſupra *tit. Quod met. c. q. 3.*) agitur contra quemcunque poſſeſſorem. *L. 13. §. 1. de min. L. 10. C. h. t.* (2) Si alienatio facta ſit in fraudem creditorum: tunc enim per actionem Paulianam res vindicatur ac ſi alienata non eſſet: *Laut. p. 345. pr.*

Obj. (1) *L 94. §. 1. de leg. 1.* ibi: *is autem ad quem pervenerit, ex cauſa cogendus erit fideicommiſſum præſtare, id eſt, ſi dominus ſervi hæredis ſcripti ſolvendo non eſt.*

Resp. Agitur ibi de emtore hæreditatis: Hic effectu pleniſſimo hæres fit, *L. 2. §. 18. Hær. vend. L. 2. pr. §. 3. & 8. Eod. L. 9. ff. Com. præd.* indeque etiam tanquam poſſeſſor hæreditatis in ſubſidium conveniri poteſt ad reſtituendum fideicommiſſum. *d. l. 94.* Caſus ergo ibi eſt, non ubi venditor agit, ſed ubi tertius, cui hæreditas reſtitui debet: Neque ibi agit propter enormem læſionem, ſed ad reſtituendum fideicommiſſum. Denique neque regulariter contra tertium poſſeſſorem agit, ſed contra fiduciarium, & tantum in ſubſidium contra eum, cui fiduciarius hæreditatem vendidit, ſi ſcil. fiduciarius ille non ſit ſolvendo, quod ſequitur ex ante allegata ratione, quia cum effectu hæres eſt: indeque in ſubſidium creditoribus hæreditariis reſpondere tenetur. vid. *Laut. pag. 346. in pr.*

Obj. (2) *Arg. L. 13. §. 1. de Min.*

Sed Respondimus *in Exc. 1.*

Obj. (3) *Arg. l. 67. de contr. Emt.* ibi: *cum ſua cauſa quæ eſſet futura ſi &c.* Adeoque uti emtor poteſt conveniri propter enormem læſionem, ſic eandem rem cum eadem cauſa videtur transferre ad tertium poſſeſſorem, ita ut ille quoque hactenus conveniri poſſit.

Resp. Verum eſt, rem cum eadem cauſa transferri, at cauſa actionis perſonalis eſt, non ut detur contra tertium poſſeſſorem, ſed eum tantum, cum quo contractum eſt.

Equidem Doctores plurimas exceptiones faciunt, & agi quoque contra tertium possessorem putant, si tertius titulo lucrativo acceperit, vel si solvendo non sit emtor, vel si læsio sit enormissima &c. At cum nullo textu juris hæc probentur, quin repugnent naturæ actionis personalis, merito eas rejicit *Laut. pag. 344. in fin.*

Atque hanc sententiam defendunt *Laut. p. 334. ibique Dd. Dn. Berger. h. q. 4.*

DISSENTIUNT Doctores apud *Laut. d. l.*

Qv. XI. *Si venditio facta fuerit prævio decreto judicis, an Lex 2. locum habeat?*

Laut. pag. 345. verb. *aut prævio &c.*

Alii id NEGANT (sunt verba *B. Par. in Disp. de resc. vend. th. 12.*) per text. in *L. 1. C. de præd. dec. lib. 10.* & quod intercedente judicis decreto, omnia solenniter & rite gesta videantur: Nos tamen cum iis sentimus, qui affirmativam præferunt, per *L. 11. C. d. præd. min.* Decretum enim tantum ideo intervenit, ut liceat aliquid alienare ei, cui antea jure permissum hoc non fuit, *arg. L. 6. C. de præd. min.* non vero ad præcise determinandum pretium, cum possit in eo errare; & licet determinaverit judex, tamen hoc non potest præjudicare parti, qui propter imperitiam vel errorem judicis damnum non debet sentire, *vid. L. 5. §. 14. ff. de reb. eor.* Et licet decretum hunc effectum habeat, ut omnia solenniter & juste acta præsumantur, tamen hæc præsumtio tanti valoris non erit, ut veritatem vincat. *L. 23. pr. quod met. caus.* consequenter, si apparet læsio & injustitia, cessare illa debet præsumtio, & decreti efficacia, ob manifestam veritatem contrariam.

OBJ. *L. 1. C. de Præd. dec.* ibi: *ut nec immoderatus venditor nec emtor inveniatur injustus.* Item, *nihil erit postmodum quo queri debeat.*

RESP. Plane ibi quæstio non est de læsione in pretio enormi: Sed de læsione quæ decurioni venditori vel ex immoderata venditione vel, ex insidiis & potentia emtoris oriri potest: Utrumque in favorem decurionum præcavere volunt Imperatores in *d. l.* statuentes, ut non nisi ex necessitate, & prævio decreto judicis, prædia eorum alienarentur, tum ne immoderatus sit venditor, quia intereat, ne tantus Magistratus (vid. *Goth. ad rubr. C. de Decur. lit. e.*) bonis indigeat, adeoque ne pro lubitu citra necessitatem vendat, neve reditus publici, qui ab ipsis exigebantur, prædiis alienatis periclitarentur: tum ne emtor inveniatur injustus, qui forte necessitate decurionis abusus insidiis & potentia eum ad vendendum, & quidem viliori pretio, compelleret: Utrumque enim fides actorum impedit: Adeoque apparet casum hic esse de prædio decurio-

rionis, quod plane alienari non poteſt absque decreto judicis: Eo autem interveniente fruſtra de dolo, de vi, metuque &c. venditorem queri: Non ergo de quantitate pretii cognoſcitur, ſed de neceſſitate vendendi, & anne inſidiis vel potentia emtoris ad alienandum inductus ſit. Et licet de pretio cognoſceretur, præſumitur quidem fraus & læſio abeſſe, at ſi adſint, & probari poſſint, non excluditur remedium. *L. 2. Conf. Berg. reſol. h. q. 5.*

Obj. (2) Præſumtionem eſſe pro judice ejusque decreto.

Resp. At ea contraria probatione elidi poteſt: Inprimis cum quotidiana experientia doceat, confirmationes & decreta, plerumque cauſa parum cognita, interponi.

Not. Idem & multo magis verum eſt, ſi contractus judicialiter confirmatus fuerit. Conf. *Laut. p. 345. Brunn. Conc. cred. c. 7. §. 24. 25. &c.* Neque rationes a diſſentiente *Carpz. p. 5. Reſp. 54. num. 10.* allegatæ concludunt.

Qv. XII. *An etiam hæreditate delata vendita remedium Legis 2. locum habeat?*

Affirm. Quia hic quoque enormis læſio eſſe poteſt.

Laut. pag. 345. verb. Etiam hæreditas &c.

Obj. Quod res incerta ſit propter æs alienum, adeoque etiam certum pretium conſtitui non poſſit.

Resp. Supponitur certum emi, ſcil. quando partes expreſſis facultatibus hæreditatis, eam putant tanti eſſe.

Qv. XIII. *An remedium Leg. 2. etiam contra ſententiam judicis detur?*

Affirm. (1) Quia eſt ſpecies reſtitutionis in integrum, (non enim eſſe novum, ſed jure digeſtorum jam cognitum remedium reſtitutionis, & enorme tantum damnum eo definitum eſſe, ſup. *q. 2.* dictum eſt,) at reſtitutio prætoris etiam contra factum judicis dabatur, nam ita ex capite metus, *L. 3. §. 1. Quod met. cauſ. tot. tit. C. de pœn. mal. jud.* ætatis, *tot. tit. C. ſi adv. rem jud.* & in genere, ob quamlibet juſtam cauſam (adeoque & ob enormem læſionem) illud reſcindebatur. *L. 1. C. quib. ex cauſ. maj.* Sed & (2) licet novum ſit remedium reſciſſorium, magis contra ſententiam dabitur, cum conſtitutio Principis potentior ſit edictis prætorum: (3) Remedium de dolo malo, adeoque & de enormi læſione, competit contra ſententiam arbitri, *l. 32. §. 14. ff. recept. arb.* nedum contra ſententiam judicis; Difficilius enim illa iniquitatis argui poteſt, ubi partes in arbitrium ultro conſenſere. *L. 27. §. 2. ff. Eod.* (4) Datur

Datur quoque hoc remedium contra venditiones decreto judicis munitas, vid. *q. 11.* adeoque contra sententiam judicis quoque datur; Atque ita (5) plerique Dd. statuunt, quos late cumulat *B. Par. in Disp. de remed. L. 3. C. Com. Utr. jud. sect. 1.* §. 4.

DISSENTIENTES allegat §. 3. & præmissas rationes plenius explicat §. 5. & *seq.*

OBJ. (1) *L. 1. & 2. C. sent. resc. non poss. & L. 4. C. re jud.* sed neuter textus (sunt verba *B. Par. in dict. Disp. S. 1. §. 13.*) agit de causa justa & valida restitutionis in integrum, qualis est enormis læsio, sed *d. l. 2.* de eo qui exceptionem, pendente lite omissam, post sententiam allegat: *d. l. 4.* vero de eo, qui post sententiam instrumenta noviter reperta producit. Neutrum fieri potest; quia & exceptiones opponendæ & probationes (sive per testes, sive per instrumenta) peragendæ sunt ante sententiam & pendente lite. Non igitur hic ulla restitutionis contra sententiam concedendæ, litisque finitæ iterum movendæ justa causa est.

OBJ. (2) *L. 2. C. Quando prov. nec.* Ubi minor per sententiam judicis dictus est major, & tamen restitui contra sententiam non potest: Verum huic quoque egregie satisfacit *B. Par. d. S. 1.* §. *14. & 15.* Nam hoc ideo fieri ait, quia jam habetur pro majore, & res judicata pro veritate. Neque igitur ut minor restitutionem petere potest, ex capite ætatis, quia pro minore non habetur, sed pro majore: neque ut major, quia talis restitutionis causa justa non est. Eadem ratione nec *l. 36. ff. fam. ercisc.* quicquam movet, ubi, qui indebitum solvere condemnatus est, post rem judicatam id repetere non potest. Nam & hoc ideo, quia res judicata pro veritate, nec justa rescindendæ sententiæ causa adest.

In omnibus itaque his casibus secus erit, si ob enormem læsionem, vel aliam justam restitutionis causam facit, per quam sententia rescissa nec pro re judicata nec pro veritate habetur; adeoque causa adhuc integra, ac lite pendente, & exceptiones opponi, & instrumenta produci, & minor restitui & indebitum repeti potest. *d. disp.* §. *15.*

QV. XIV. *An remedium L. 2. locum habeat, si per sortem pretium constitutum est?*

AFFIRM. Nam cum sors læsionem non sustulerit, neque inæqualitatem impediverit, corrigenda illa adhuc ex lege *2. C. de rescind. vend.* & cum quælibet inæqualis divisio per sortem facta corrigatur ex *L. 3. C. Comm. utr. jud.* nedum ea corrigetur in enormi læsione; Denique cum non obstante sorte resti-

restitutio ex capite ætatis, doli &c. detur, eadem vis ac potestas est omnium causarum; Quippe ex quibus restitutio æque ac propter ætatem datur. Atque hæc quoque est sententia *Sandii L. 4. tit. 1. def. 1.* aliorumque, quos allegat *B. Par. d. Disp. Sect. 2. §. 16.* ubi varias Dd. sententias refert.

Quæ OBSTANT jam resolvimus *supra tit. comm. div. q. 9.*

QV. XV. *An Lex 2. etiam in venditione facta sub hasta locum habeat?*

NEGATUR. (1) Quia justum pretium quoque est quanti omnibus valet, & quanti communiter fungitur, *L. 33. pr. ad L. Aquil.* sive quanti res venire potest. *L. 1. §. 16. ad SC. Treb. & L. 18. §. f. M. C. don.* (2) Propter *l. f. C. Si propt. publ. pens.* Ubi subhastatio, quæ fit ob tributa residua, perpetuam emtionis habet firmitatem, *L. f. C. Si propt. publ. pens.* adeo ut nec debitoris ætas obstet, modo defensorem habuerit. *d. l. f.* Neque (3) autoritas hastæ fiscalis facile convelli debet, *L. 8. C. de remiss. pign.* & publice interest venditiones quæ sub hasta fiunt ex causa læsionis non irritas fieri. *L. 7. §. 8. L. 24. §. 1. de minor.* Accedit (4) quod propter autoritatem hastæ fiscalis quilibet tertius excludatur a jure suo, nedum ipsi contrahentes a querela læsionis. Atque hinc (5) asseritur in *L. 5. C. fid. hast. fisc.* res sub hasta venditas perpetuo esse penes emtores jure dominii, nec rescripto impetrato infringi posse, nec minoribus propter ætatem dari restitutionem. Sed & (6) ex natura subhastationis non de vero pretio rei agitur, sed licitatione certatur, & in contumaciam debitoris vel ex consensu ejus id quod licitatum est, pro vero pretio habetur. Et (7) nulla hic subest iniquitas, neque a parte venditoris, neque a parte emtoris: Non a parte *venditoris*, quia si *volente* eo fit subhastatio, ipse quasi vendit & consentit, illudque pro justo pretio declarat, quod ex licitatione appariturum est, indeque contra proprium factum venire nequit: Si eo *invito* res sub hasta venditur, sibi imputare debet, quod id quod debet non solvat, neque ob moram ipsi beneficium concedi debet. Neque (8) a parte *emtoris* iniquitas subest: Quia si *solus* licitatur, sibi imputet, quod ultro, & nemine pretium petente tantum obtulerit, cum in ejus arbitrio fuerit minimam summam offerre; si *alii* licitantur, itidem sibi imputare debet, quod cæteros licitantes superare voluerit: Sane (9) iniquissimum esset, si is, qui ob inopiam debitoris fide publica emit, sua possessione tutus non esset, sed revocationem ejus, qui læsus est, per 30. annos metuere deberet. Imprimis cum (10) subhastatio sit quasi pœna contumaciæ, quæ semel commissa nec purgari, nec prætextu læsionis postea corrigi potest: Neque (11) aliquis inveniatur, qui ad ejusmodi venditiones accederet. Atque ita (12) sentiunt *Carpz. 2. c. 34. def. 13. Struv. Ex. 23. th. 89. B. Par. in Disp. de rescind. vend. th. 12. ibique late Dd. Laut. p. 345. Berger. h. q. 6.*

Laut. pag. 345. verb. Nisi venditio facta &c.

At

At si dolus interveniat, isque probetur, restitutio fit ex capite doli, *L. 7. §. f. de dol. mal. d. Disp. th. 12. in fin. Lauterbachius d. l. ibique Dd.*

OBJ. (1) *L. 16. C. h.* ibi: *nec sub nomine subhastationis publicæ locus fraudibus relinquatur, ut possessionibus viliori pretio distractis plus exactor ex gratia quam venditor ex pretio consequatur:* Item, *sub emti titulo perpetuo jure dominii ponatur, qui tantum adnumeravit fisco, quantum exegerit utilitas privatorum.*

RESP. (1) Loquitur de subhastatione, quæ ad instantiam exactorum publicorum fit, ubi propter exactorum malitiam fraus metuitur, adeoque æstimatio sive taxatio præcedere debet. (2) Loquitur de casu, ubi probatur fraudem intervenisse, tunc enim rescinditur negotium. Conf. *L. 3. Jur. fisc. l. 7. §. f. dol. mal. & L. 1. C. Ne fiscus.*

OBJ. (2) *L. 9. ff.* ibi: *cum minore pretio venisset fundus, quam debita summa esset, præses provinciæ rescindit venditionem, eumque restitui jussit &c.*

RESP. Ibi subhastatio non præcessit. Sed & debitor ibi profitebatur se paratum esse vectigal exsolvere solidum: ibi sane iniquum foret, si tradi fundus emtori deberet, secus vero si fiscus semel accepit pretium, & res tradita fuerit emtori, *d. l. 1. C. Ne fisc.* tunc enim negotium ubique perfectum est. Conf. *L. 3. de J. fisci & l. 1. C. ne fisc.*

OBJ. (3) Quod ob dolum restitutio contra sententiam detur, cur non & ob enormem læsionem, quippe quæ æque justa est causa restitutionis.

RESP. Imo enormis læsio hic non est, etsi minus dimidio pretium sit licitatum, quia ob contumaciam debitoris & ob utilitatem publicam illud pro vero pretio habetur, quæ ratio cessat in dolo.

QV. XVI. *An Lex 2. etiam in aliis negotiis extra venditionem locum habeat?*

Laut. pag. 346. verb. & aliis negotiis &c.

AFFIRM. Quia sæpius jam dictum est, quod sit restitutio ex clausula generali, quæ in omnibus negotiis obtinet.

Nec OBST. Quod *lex 2.* tanquam nova, & correctoria præter venditionem de qua loquitur, ad alios contractus referri nequeat.

RESP. Imo *lex 2.* est ipsa illa restitutio ex clausula generali &c. quæ in omnibus negotiis obtinet, vid. *sup. q. 2.*

Quo ipso jam objectiones, quas in singulis fere negotiis dissentientes formant, tolluntur.

Qv. XVII.

Qv. XVII. *An Lex 2. etiam in negotiis stricti juris locum habeat?*

AFFIRM. *Laut. pag. 346. ibique Dd.* quia omnis læsio, in quocunque negotio contingat, corrigitur ea clausula generali, si qua justa causa fuerit, cujus species est enormis læsio: Atque hinc locum habet querela in emtione, licet in stipulationem deducta sit. *Laut. p. 345. l. O. ibique Dd.*

Laut. ibid. verb. tam stricti juris.

OBJ. Quod rescissio pugnet cum natura horum negotiorum.

RESP. Neque etiam actione ex ipso negotio rescissio illa petitur, sed separata actione, scilicet querela ex *d. l. 2. Vid. supra q. 1. in fin.*

Qv. XVIII. *An lex 2. in hæreditatis divisione locum habeat?*

AFFIRM. Si inæqualitas duplum excedat: vide supra *tit. fam. erc. q. 6. & 7. & B. Par. in Disp. ad L. 3. C. Com. utr. Sect. fin. §. 10.* Ubi mutavit sententiam, quam olim defendit in *Disp. de Resc. Vend. th. 15.*

Laut. ibid. verb. Hæreditatis divisione &c.

Qv. XIX. *An Lex 2. in dotis æstimatione locum habeat?*

AFFIRM. Ponamus maritum æstimato accipere dotem, v. g. domum 1000. aureorum, si jam ipse promittat restitutionem 400. aureorum, hic quæritur, an uxor possit queri se enormiter læsam?

Laut. ibid. verb. dotis æstimatione.

AFFIRM. Atque ita decidit *Carpz. p. 2. c. 34. def. 14.*

At male Dd. id ad quamlibet læsionem, etiam non enormem extendunt, apud *Laut. p. 346.* Nullibi enim in jure id dicitur.

Neque OBST. *L. 6. §. 1. & l. 12. §. 1. Jur. dot.* Ubi mulieri circumventæ debet succurri.

RESP. Non est circumventa, nisi vel dolo, vel enormi læsione, *L. 54. Contr. Emt.*

Qv. XX. *An Lex 2. in contractu emphyteuseos locum habeat?*

Videtur AFFIRMANDUM, quia est locationi affinis; *§. 3. loc. cond.* at in locatione obtinet *lex 2.* Verum contrarium statuit *B. Par. in Disp. de Rescind. vend. th. 15.* ubi ita differit: Non putem ego dominum directum in emphyteusi lædi posse, cum canon ille, quem emphyteuta præstat, non debeat esse æquivalens fructibus, quos percipit, sed tantum præstatur in recognitionem dominii directi, quæ recognitio etiam quocunque modo, in re minima fieri potest; huc & facit argumentum a feudo desumtum, in quo dominus quoque non habet hoc remedium, cum omne feudum sit beneficium & liberalitas,

Laut. ibid. verb. emphyteuticario &c.

in

in qua nulla læsio allegari potest: Emphyteutæ vero ipsi, si canonem magnum, fructibus vel æquivalentem, vel superantem, promiserit, ex æquitate hoc remedio succurrendum esse concesserim, cum certe iniquissimum foret, si (1) rem sterilem meliorem & fœcundam reddere, (2) periculum ejus sustinere, nec (3) tot fructus ex ea colligere deberet, ut domino pensionem solvere posset.

Adeoque canon ibi datur in recognitionem dominii, non tanquam adæquata merces; & recognitio æstimatur non pretio, sed quocunque signo. *Harpr.* §. *f. h. n. 144.* nisi id in specie actum sit, uti bene observat Autor.

Qv. XXI. *An in contractu feudali?*

Laut. pag. 347. verb. *Non etiam in contr. feud.*

NEGAT *Lauterb. p. 347.* Quia est liberalitas ac beneficium, vid. *qu. praced.* secus ergo si emtum sit. *B. Par. de J. feud. tit. 1. §. 13.*

Qv. XXII. *An in transactione?*

Dissent. Laut. pag. 343. verb. *nec in transactione &c.*

AFFIRM. *supra tit. transact. q. fin.*

Qv. XXIII. *An querela hæc detur alternative, vel ad supplementum pretii, vel ad rescindendum negotium?*

Dissent. Laut. pag. 367. verb. *Datur alternative &c.*

NEGATUR. vide *supra q. 9.*

Qv. XXIV. *Si reus rem restituere malit, an fructus interim perceptos retineat?*

Dissent. Laut. pag. 348. verb. *fructus interim perceptos &c.*

NEGATUR: Nam emtorem rem cum fructibus restituere teneri, evincit *B. Par. in Disp. de resc. vend. th. 6.* (1) per *l. 29. ff. de usur.* Accedit (2) quod res semper intelligatur cum sua causa, *L. 23. V. S.* (3) Rescinditur tota venditio, adeoque omnia ita in pristinum statum restituuntur, ac si venditio nunquam facta fuisset: *L. 1. C. Si maj. fact. L. 23. §. f. L. 31. §. p. d. ædil. ed. L. 24. ff. p. L. 27. ff. 1. de min. L. 16. §. 1. in f. de inoff. test.* Neque (4) fructus ex alio capite habere potest, quam ex emtione, quæ rescissa est. Idque (5) in omnibus aliis negotiis rescissis ita obtinet.

OBJ. (1) Quod emtor, qui interim bona fide possedit, ideo lucretur fructus. *L. 48. pr. ff. A. R. D. ff. 35. R. D.*

RESP. Ob solam bonam fidem neminem lucrari fructus, nisi & titulus accedat, qui post rescissam venditionem allegari non potest, vid. *tit. de Rei vind.*

vind. q. sed & (sunt verba *B. Par. in d. th. 6.*) Emtori etiam imputari potest, quod alteram viam, scil. suppletionem pretii, non elegerit, neque tenetur venditor loco fructuum restitutorum usuras pretii solvere emtori, cum licite interea in pretio tanquam dominus versatus sit, qui ad illud elocandum ad usuras non tenetur; Impensas vero necessarias & utiles facile concesserim emtorem deducere. *arg. l. 5. C. de rei vind. l. 38. ff. eod. l. 16. C. de præd. min.* Atque ita cum fructibus compensare posse, nisi immodicas fecerit, ne venditor rem suam recuperare possit. *Pinel. ad l. 2. p. 2. c. 3. n. 2. & seq.*

OBJ. (2) *arg. L. 2. C. h.* Ubi rei tantum, non fructuum sit mentio.

RESP. Res intelligitur cum sua causa. *L. 23. V. S.*

OBJ. (3) *arg. L. 2. C. Pact. int. Emt.* Ubi emtor ad fructus non condemnatur, nisi ex eo tempore, quo in mora est rem venditam restituendi.

RESP. Ibi non rescinditur negotium, sed resolvitur propter conditionem adjectam, nam loquitur textus de emtione cui adjectum est pactum retrovenditionis; hoc casu emtor fit dominus medio tempore, lucratur fructus, nec illos restituit, nisi a tempore moræ. vid. *Laut. p. 312.*

OBJ. (4) Ratio a *Lauterbachio* allegata, quod contractus rescindatur ex nunc.

RESP. Id falsum est, totum negotium rescinditur, & retro pro non contracto habetur.

Praxis variat. *Richt. p. 2. d. 99. n. 200.* pro nostra sententia militat, ut & citati a *Barbos. ad L. 2. C. h. n. 82. Bald. n. 3. & Salicet. n. 5. h.* Pro adversa vero *Dn. Berg. h. q. 8. & Laut. p. 348.* In dubia praxi insistendum rationi juris.

QV. XXV. *An rescisso ita contractu hypotheca ab emtore interim constituta duret?*

Laut. pag. 348. verb. Hypotheca vel aliud &c.

Resolutionem hujus quæstionis *B. Par. in Disp. de rescind. Vend. th. 7.* his verbis exhibet: An autem pignus, vel hypotheca, ab emtore, antequam conveniretur, rei imposita, resolvatur? quæstionis est. Videbitur enim ab initio, quod quoniam emtor posset rem retinere solvendo id quod justo deest pretio, adeoque non necessitate quadam, sed propria voluntate rem restituat, quod inquam pignus seu hypotheca duret. *arg. L. 43. §. 8. de ædil. edict. L. si res 3. Q. mod. pign. solv.* ex quibus Dd. concludunt, quod quoties contractus resolvitur non necessitate, sed voluntate emtoris, toties hypotheca constituta maneat. Accedit, quod sicut jus reale fortius est personali, ita & jus pignoris,

ris, tanquam reale, præfertur juri ad rescindendum contractum ex nostra *L. 2.* tanquam personali: quæ rationes etiam maximi nominis viros, (quos recenset *Fachin. in L. 2. controv. c. 23.* qui tamen contrariæ sententiæ assertor) moverunt propositam quæstionem negare; Verum cum obligatum, & tamen in voluntate alicujus esse, sint contradistincta, hic autem actio ad rescindendum contractum, adeoque repetendam rem ab emtore sit tantum in obligatione, ut *sup. q. 9.* demonstratum, non poterit dici, in voluntate emtoris simpliciter esse rem restituere, quia ex obligatione hoc facit, & invitus etiam, ne scil. cogatur supplere pretium; cum & alias, quando quis alterutrum facere tenetur, dicitur coactus id facere. *L. 35. §. 1. de const. pec.* ibi: *sed referendi necessitate compulsus. L. 8. §. 5. de cond. inst.* ibi: *nec alia conditio cum urgeat.* Similiter quia, & alterum argumentum, desumtum a potiore jure, non procedit, si jus autoris, a quo quis suum jus potius habet, ita resolvatur, ac si nunquam esset. *arg. a min. ad maj. vulgati illius brocardici: quod resoluto jure dantis &c.* Idque apparet etiam non tantum in *L. 4. §. sed Marcellus ff. de in diem add. L. 3. quib. mod. pign. solv.* ubi resoluto contractu ex pacto addictionis in diem, resolvitur etiam hypotheca, quod propter veram ejus legis rationem, quæ in resoluto seu rescisso contractu se fundat, etiam huc applicari poterit; non obstante ratione diversitatis, quam adversarii adferunt, quod scil. in nostro casu *l. 2.* emtor possit impedire rescissionem, supplendo quod deest justo pretio, in addictione autem in diem hoc non possit: Hoc enim falsum patet ex eo, quod etiam in addictione in diem emtor impedire possit, ne resolvatur contractus, offerendo venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur. *L. 7. L. 8. de in diem addict.* Sed constat quoque ex *L. 31. de pignor.* ibi: *si vectigali non soluto* (idem in nostra *L. 2.* si pretio justo non dato vel suppleto) *jure suo dominus usus esset* (seu jure suo venditor usus esset, sc. petitione restitutionis rei) *etiam pignoris jus evanuit.* Hinc affirmativam hac in quæstione præferendam censemus.

Nec OBSTANT rationes a *Dn. Struvio Exerc. 23. th. 87.* allegatæ, utpote admodum fragiles: (1) Quod emtor antequam ex *d. l. 2.* conveniretur, fuerit verus dominus. (2) Quod contractus non solvatur ex pacto venditioni ab initio adjecto; Et (3) quod quasi retrovendatur.

Ad (1) enim RESP. quod rescissa venditione, emtor nunquam fuerit dominus; ut hoc jam sæpius dictum, adeoque habeatur, acsi nunquam pignus constituere potuerit.

Ad (2) RESP. nihil interesse, an ex pacto, an vero lege contractus resolvatur, sufficit enim, quod resolvatur.

Ad (3) RESP. falsum hoc esse, quod retrovendatur, sed resolvitur prior venditio, non nova celebratur. *d. l. 2.*

Qv. XXVI.

Qv. XXVI. *An rescisso contractu emtor restituat rem sine fructibus?*

NEGATUR: vid. *q. 34.*

DISSENT. *Laut. p. 348. in fin.*

Laut. pag. 348 *in fin.* verb. *Emtor vero rem &c.*

Qv. XXVII. *An rescisso contractu venditor restituat pretium cum usuris?*

AFFIRM. si usuras percepit. *L. 34. ff. Usur.* Nam eas percepit sine causa, quippe quæ rescissa est. Conf. rationes supra *q. 24.* allegatas.

Quæ OBSTANT resolvimus *d. q. 24.*

Laut. ibid. verb. *Sed ante moram sine usuris &c.*

Qv. XXVIII. *An rescisso negotio hypotheca ab emtore medio tempore constituta duret?*

Vide *quæst. 25.*

Laut. pag. 349. verb. *hypotheca &c.*

Qv. XXIX. *An contractu rescisso gabella pro contractu fisco data repeti possit?*

RESP. Stricto jure omnino repeti potest, quia data est propter emtionem, quæ vero rescissa est, & retro pro non contracta habetur: Nisi ultro quid præstiterit. *arg. L. 27. de ædil. ed.* Secus ac in pacto de retrovendendo, *L. 18. tit. 1. q. 40.* & in addictione in diem *L. 18. tit. 2. q. 4.*

DISSENTIUNT *Dd. comm.* vide *Laut. p. 349.*

Laut. pag. 349 verb. *gabella pro contractu &c.*

Qv. XXX. *An aliæ expensæ bona fide factæ rescisso contractu a lædente repeti possunt?*

AFFIRMATUR: Idque in terminis ita traditur in *L. 27. ædil. ed.* ibi: *sed & si quid emtionis causa erogatum est*, quod & porro exinde apparet, quia ibi una tantum est exceptio, si sponte sua impensas fecit, hæc exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Laut. ibid. verb. *ut nec alia &c.*

OBJ. Quod conventus ex *l. 2.* possit contractum servare, restituendo quod plus justo accepit, vel minus justo dedit. *L. 2. C. h.* Adeoque in culpa esse, & causam dare rescissioni videtur, unde has impensas non repetit, quæ omnia secus in ædilitio edicto.

RESP. Imo utrobique emtor causam præstat rescissioni, neque eo peccat

cat dum jure suo utitur, lex enim rescissionem approbat. Nulla ergo hic est ratio differentiæ, sed idem rescissionis effectus.

Qv. XXXI. *An valeat renunciatio tanquam jurata, si fiat* bey Fürstlichen Ehren?

Laut. pag. 349. verb. *Idem est si fiat &c.*

Vide *tit. de Jurej. q. 9.*

Qv. XXXII. *An propter læsionem enormissimam rescindi possit contractus, etsi jurato renunciatum sit legi 2?*

Dissent. Laut. pag. 350. verb *nisi læsio sit enormiss.*

Ita putat *Laut. p. 350.* sed contrarium defendimus supra *q. 5.* Equidem si dolo vel justo errore læsus sit, tunc dispensationem juramenti impetrare a superiore non tantum in hac sed omni læsione potest. *B. Par. Disp. de Rescind. vend. th. 10.*

Qv. XXXIII. *Si adversarius ex sua parte non implevit contractum, an alteri quoque inde discedere liceat?*

Laut. p. 350. *in fin.* verb. *aut adversarius ex sua &c.*

Negatur: *L. 14. C. h.* ibi: *Non ex eo, quod emtor non satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur.* Conf. supra *tit. de transact. q. 15.* Nam ex alterius perfidia non tollitur pactum, sed potius actione ex contractu adigitur ad implendum. *L. 9. ff. de Præscr. verb. L. 39. C. de transact.*

Obj. *L. 6. C. de pact. int. emt.*

Resp. Ibi ad rescissionem contractus agitur, non quia alter fidem non implevit, sed quia ex eo, quod fides impleta non sit, enormiter læsus; Alias exceptiones vide *dict. quæst. 5.*

LIB. XVIII. TIT. VI.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

Laut. pag. 351. verb. *h. e. quoad hanc materiam &c.*

Qv. I. *Quandonam emtio videatur perfecta ad effectum periculi?*

Resp. Si apparet quid, quale, & quantum venierit. *l. 8. pr. Cont. Emt.*

Obj. *L. 2. §. 1. ff. Contr. Emt.* Ubi emtio venditio dicitur perfecta simulat-

mulatque de pretio convenerit: Sed hanc difficultatem ſolvit diſcrimen ſupra *tit. Contr. Emt. q. 2.* inculcatum, inter perfectionem ſubſtantialem, & accidentalem negotii: Ubi enim de pretio conventum eſt, ipſe contractus ejusque ſubſtantia omnimodo perfecta eſt, ita ut actio inde naſcatur: at quoad hunc effectum ut periculum tranſeat, non ſufficit de pretio eſſe conventum, ſed requiritur quoque ut appareat quid, quale, quantum: *d. l. 8.* quia alias non apparet quid perierit emtori, *L. 1. in f. ff. Eod. B. Par. in Diſp. de Jur. circ. act. Imp. Sect. 1. ſ. 2.* Conf. *Laut. p. 351. in pr. h.*

Apparet autem quid, quale, quantum, (1) cum de certa ſpecie conſtat. (2) Cum reliqua, quæ perfecto contractu adhuc accedere ante traditionem ex natura contractus debent, impleta quoque ſunt, ita ut nihil amplius faciendum ſuperſit, quam ut tradatur; alias, & iis a venditore nondum impletis, periculum emtoris non eſt, *l. 35. §. 5. Contr. Emt. L. 8. pr. L. 1. pr. & §. 1. h.*

Talia accidentia, quæ ante traditionem impleri debent, ſunt (1) *ratione actionis*; Ubi præprimis requiritur, ut illa intentari poſſit, non enim perire ei poteſt, qui nondum petere poteſt, neque jure gentium translatum videtur, quod peti non poteſt; (2) *ratione menſuræ & qualitatis*; Nam menſura vel quantitate non definita neſcitur an res vendita perierit. *arg. l. 13. §. 14. act. emt.* (3) *ratione probationis*: Si probandum ſit, ut in opere, vel guſtandum, ut in vino, vid. late *Lauterbachius p. 352. in f. & ſeq.*

Huc vero non pertinet *traditio*, nam ea proprie non ad contractum, ſed ejus executionem pertinet: Aliud enim eſt negotium ipſum, aliud ejus executio, quæ nihil ad negotii rationes affert, cum igitur effectus ſeparetur a cauſa, & extra cauſam ſit, ita a negotio quoque ſeparanda eſt ejus executio. vid. *d. Diſp. S. 1. ſ. 1.*

Qv. II. *Cujus ſit periculum ante traditionem, an emtoris, an venditoris?*

Resp. Periculum rei eſt ejus, qui (1) dominium, aut (2) actionem ad rem illam quæ periit conſequendam, aut petendam, habuit, *L. 14. §. 1. depoſ.* etſi ipſi res tradita non ſit. Adeoque venditori res perit quoad dominium, nam rem amittit qui eam habet. *L. 83. l. 208. R. J.* at emtori jus & actio ad rem illam petendam, *tum* quia jure gentium emtor jus circa rem habuit. Vid. *ſupra tit. cond. cauſa dat. q. 2.* (Cujus veſtigium in hac materia periculi remanſit, etſi jure civili emtor jus in rem non habeat, ſed in perſonam. Vid. *L. 42. tit. 3. q. 30. in med.*) *tum* quia ſublato corpore tolluntur naturaliter omnia, quæ in idem competebant, jura. *pr. de Uſufr.* nam privatio ſupponit habitum, (quæ rationes ex principiis juris gentium, ubi emtor jus in re habet,

Laut. pag. 351. verb. *Venditor autem &c.*

Iiiii 3

habet, sequuntur. *d. q. 30. d. q. 2.*) *tum* quia, si tradita fuisset, penes alterum periisset, & sic emtor in mora est, quod non acceperit, & petierit, eoque venditorem in mora constituerit.

Recte ergo *Autor pr. h.* omne jus emtoris perire ait, venditoremque liberari; ita ut pretium retinere & exigere possit, ac si tradidisset.

OBJ. (1) Quod res pereat domino, adeoque venditori. *l. 9. C. pign. act.*

RESP. Perit ei quoque quoad dominium, sed & præterea omne jus, quod aliis circa rem illam competit, perit.

OBJ. (1) *L. 33. Locat.* Ubi fundo publicato venditor pretium debet restituere: Ergo non est periculum emtoris?

RESP. Ibi non agitur de periculo, quod perfecta demum emtione supervenit, sed cujus causa jam ante existit; quod patet, quia expresse dicitur nihil stetisse penes venditorem, ergo jam ante causa publicationis bonorum contracta fuit; quod & patet ex *junct. L. 35. pr. Eod.* ubi requiritur, ut venditor id nesciverit, sed bona fide fecerit: Ergo tempore contractus id vitium jam fuit.

INSTO. Cur ergo pretium emtori debet restitui?

RESP. Hoc non exinde, quia periculum venditoris est, sed quia non potest rem quam promisit, tradere cum effectu, quippe cum tempore venditionis talis res non fuit ut præstari possit, nam sub ea lege emtor promisit pretium.

OBJ. (3) *L. 12. h.* Ubi periculum demum post traditionem emtoris est.

RESP. Non de nudo periculo, sed de culpa agitur: Casus enim est, ubi lecti in publico positi & concisi sunt, hic jam si per eum steterit, quo minus acciperet, atque auferret, ejus culpa est, eique imputatur, quod cum potuerit lectos auferre e publico, eos ibi relinquat.

OBJ (4) *L. 14. §. 1. h.* Ubi de re furto, adeoque casu, ablata itidem distinguitur an tradita sit, an non; ita, ut *illo* demum casu emtoris sit periculum.

RESP. Ibi materia in genere vendita est, quæ proinde certa non fit nisi signatione vel traditione: Nescitur enim an v. g. illas ipsas trabes furto ablatas traditurus fuisset venditor: adeoque revera venditio nondum erat perfecta quoad accidentalia. Vid. *q. 2.*

OBJ. (5) *L. 11. §. f. act. Emt.*

RESP. Venditor ibi de evictione tenetur, non de periculo.

Qv. III.

Qv. III. *An venditor in re vendita tantum præstet culpam levem?*

AFFIRM. Quia utriusque est utilitas, *L. 5. §. 2. Commod. L. 35. §. 4. Contr. Emt.*

Laut. pag. 352. verb. *lata vel levis culpa &c.*

OBJ. *L. 3. ff. h.* ibi: *talem quam præstant hi, quibus res commodata est,* junct. *l. 5. §. 2 Commod.* ibi: *& diligentiam.*

RESP. Casus ibi est ubi tacite custodiam, & sic negotium ultro suscepit; quibus casibus præstatur diligentia exactissima.

Qv. IV. *An periculum rei fungibilis venditæ tum etiam, cum ea emtori citra admensionem tradita est, ad venditorem pertineat?*

AFFIRM. Nam tunc transit periculum, quia renunciatum est admensioni. Conf. *L. 2. C. h.*

Laut. pag. 353. verb. *aut res emtori&c.*

OBJ. *L. 35. §. 4. in f. C. E.* ibi: *tunc perfici cum adnumerata &c.*

RESP. Loquitur de casu, ubi traditio nondum facta est. *Berg. h.*

Qv. V. *An, si decem oves e grege venditæ fuerint & postea ante adnumerationem totus grex perierit, venditor pretium restituere debeat?*

AFFIRM. Perit enim venditori, quia nondum constat, quid, quale, & quantum debeatur; utpote cum certum non sit debitorem hos, qui periere, traditurum fuisse. Vide *supra q. 2. Obj. 4.* Indeque contractu nondum perfecto periculum omne ipsius est tanquam domini: Falsa ergo est ratio *Lauterbachii*, quod hic obligetur ad plenam custodiam; nam (1) regulariter ad plenam custodiam non obligatur, nisi eam, saltem tacite, receperit; sed & (2) ex alio capite eum teneri jam dixi.

Laut. pag. 355. verb. *licet e. g. decem oves &c.*

OBJ. (1) *L. 34. §. 6. Contr. Emt.* ibi: *perfecta videtur.*

RESP. Ibi grex venditur per aversionem, tunc enim totus contractus est perfectus. *Berg. h.*

Qv. VI. *An periculum vini venditi ante degustationem ad venditorem pertineat?*

AFFIRM. *L. 4. §. 1. h.* Quia nondum perfectum est negotium ad effectum periculi, utpote cum adhuc aliquid agendum supersit. vid. q. 1.

OBJ. *L. 1. pr. h.*

RESP. Ibi agitur de vino non ad gustum vendito, vid. *Berg. h.*

LIB. XIX.

LIB. XIX. TIT. I.

DE ACTIONIBUS EMTI ET VENDITI.

Qv. I. *Quænam ſint ſingularia in hoc titulo?*

RESP. Tria: (1) Quod ſufficiat hic præſtare habere licere; etſi non dominium, *L. 30. §. ſ. h. L. 57. ff. Evict. L. 188. V. S. Laut. p. 364. verſ. per hanc &c.* (2) Quod traditione quoque non transferatur dominium niſi pretio accepto, *§. venditæ &c. Inſt. de Rer. div. Laut. pag. 356. verſ. Nec dominium &c.* (3) Quod etſi pura ſit emtio, adeoque ſtatim actio oriatur, de jure quoque nullum impedimentum ſit, quin inſtitui poſſit, tamen tacite inſit conditio, ſi emtor pretium obtulerit; adeoque non prius inſtitui actio poſſit, ſed res retineri ut pignus, donec de pretio ſatisfiat. *L. 13. ſ. 8. h. vid. q. 3.*

Laut. pag. 355. verb. rei perſecutoria &c.

Qv. II. *An actio emti ſit rei perſecutoria?*

AFFIRM. Quia eſt ex contractu, *§. 17. Inſt. de Act.*

OBJ. *L. 47. h.*

RESP. Agitur ibi de pœna conventionali, quæ etiam ad rei perſecutionem pertinet.

Laut. pag. 355. verb. licet pretio nondum &c.

Qv. III. *An actio ex emto nata ſit, etſi pretium nondum ſit ſolutum?*

AFFIRM. Nam emtio perfecta eſt ſtatim ac de pretio conſenſum eſt, indeque actio quoque inde datur: *ſ. 1. I. de Emt. vend.*

OBJ. *L. 13. §. 8. h.* ibi: *nondum eſt ex emto actio.*

RESP. Scil. cum effectu, nam nata eſt actio ipſo jure, at inſtitui ea non poteſt propter impedimentum extrinſecum, & proprium defectum, quia ſcil. pretium emtor non offert. Indeque actioni emti tacite ineſt conditio, ut tum demum cum effectu intentari poſſit, ſi pretium ſolutum fuerit. Vide *ſupra q. 1. n. 3.*

Laut. pag. 332. verb. Rei venditæ præciſe.

Qv. IV. *An res vendita præciſe tradi debeat?*

AFFIRM. (1) Quia res vendita eſt in obligatione, illa enim promiſſa eſt, tunc ergo promiſſum implet, quando rem illam præſtat. (2) Ex natura diſpoſitionis jus oritur ex eo, quod partes diſpoſuere, illi autem diſpoſuere, ut

ut res præstetur. (3) Probatur id porro ex natura obligationis, quæ est necessitas præstandi id de quo conventum est, conventum autem est ut res præstetur. Unde (4) dicitur non implere contractum, qui id quod interest præstat. *L. 17. C. fid. Instr. L. 35. §. p. R. V. L. 1. §. f. P. V.* Nec rescinditur venditio, etsi venditor duplum offerat & solvat. *L. 6. C. de rescind. vend.* Uti fur manet, etsi quadruplum solvat, sic perfidus est & fidem non implet, qui non rem, sed id quod interest, præstat. Idque (5) probant textus Autoris in *§. 2. J. de Donat. L. 11. §. 2. de Act. Emt. L. 6. C. de rescind. vend.* Conf. supra *tit. de Pact. q. 41. Harpr. §. f. de Emt. n. 33. Laut. pag. 155.*

OBJ. (1) *L. 1. l. 11. §. 9. l. 12. h. l. 4. l. 10. C. h. l. 10. Quib. mod. pign. solv.*

RESP. In nulla earum quæritur, ad quid obligetur venditor, sed, si id non præstet, in quid executio fiat? Scil. non tantum in id quod promisit, sed & in omne id quod interest: Nec ullibi dicitur, quod liberare se possit præstando quod interest, (nam contrarium diserte statuitur in *dict. l. 6.* quod etsi duplum offerat, se non liberet); Sed quod, quia se non liberavit fidem implendo, in pœnam obligetur ad omne id quod interest, &, si id quoque interest, res ipsa militari manu auferri poterit. Nec fidem implevisse dicitur, sed contra, non implevisse, & ideo id omne quod interest præstari, *l. 17. C. de fid. Instr.*

OBJ. (2) *d. l. 17.* Ubi pretio statuto necessitas imponitur venditori vel venditionis contractum perficere, vel id quod interest ei persolvere.

RESP. Prius est in obligatione, posterius vero in executione; uti jam ante demonstravi.

OBJ. (3) Quod in factis præstetur id quod interest. Vide *tit. de Pact. q. 42.* At traditio est factum, *l. 72. pr. V. O.*

RESP. Non traditio rei est in obligatione, sed res ipsa, non enim venditur traditio, sed res; nec traditio merx est, sed res tradenda: Indeque traditio tantum est modus quo obligationi de re satisfit, ut in reali actione res ipsa est, etsi a possessore tradi debeat: Secus vero est, si quis expresse stipuletur fundum tradi, tunc enim ipsa translatio possessionis seu factum est in obligatione.

QV. V. *An, ut dominium vel conditio usucapiendi in emtorem transferatur, traditio possessionis vacuæ secundum quid necessaria sit?*

AFFIRM. Ita scil. tradi debet, ut nullus alius rem venditam civiliter possideat: *L. 8. C. h.* ibi: *nec induxit in vacuam possessionem, jus omne penes se eum retinuisse.*

Laut. pag. 357. verb. Neque sufficit &c.

OBJ. (1) *L. 16. de fund. dot.* Ubi res dari in dotem poteſt quæ ab alio poſſidetur.

RESP. Dos etiam pactis conſtitui poteſt, at dominium non transfertur, niſi traditione: Conf. *Berger. h.*

OBJ. (2) *L. 12. §. 1. A. P.* Ubi proprietas nihil commune habere cum poſſeſſione dicitur.

RESP. Verum eſt dominium transferri poſſe ſine poſſeſſione, ſed illud ipſum dominium non transfertur citra traditionem.

Plenius hanc quæſtionem diſcutiemus ad *tit. de A. R. D. vide Laut. p. 357.*

QV. VI. *Quidnam ſit juris circa ſervitutes, quas vel res ipſa debet, vel quæ rei debentur? Anne hæ quoque tranſeant cum re?*

RESP. Re vendita intelliguntur & cohærent omnia onera & jura, quæ rei nomine & natura continentur, *l. 66. l. 67. C. E. L. p. Evict.* cum ipſius acceſſionibus. *L. p. 361.*

Hinc cum natura & nomine rei contineatur uſusfructus, *L. 4. & ſeq. de Uſufr. accr.* & tradere eum venditor tenetur, & eo evicto tenetur de evictione. *L. 66. de Contr. Emt.* Secus in prædialibus ſervitutibus: Si proinde fundus venditus ſervitutem realem debet, eaque evincitur & vindicatur ab alio, venditor non tenetur. *L. p. de Evict.* Servitus enim eſt qualitas quaſi prædii, uti bonitas, ſalubritas &c. *l. 86. V. S.* Uti ergo non tenetur venditor præſtare ſalubritatem fundi, ſi ſit minus ſaluber, ita nec libertatem nec ſervitutem: Nec natura & voce nominis id continetur. At quia emtor id neſcivit, tenetur ſaltem ei quanti minoris, quia emtor ſi ſciviſſet forte emturus non fuiſſet. *L. 61. ædil. ed.*

Tenetur ergo venditor præſtare hanc libertatem vel omne id quod intereſt, (1) ſi ſcivit ſervitutes deberi, & tacuit, ob dolum, *L. 1. §. 1. h.* (2) Si ut optimum maximum vendidit; *L. 59. ff. de C. E. V. L. 90. L. 196. de V. S.* quo caſu liber a ſervitute præſtari debet: Non autem emtor agere poteſt ut ſervitus ei præſtetur, etſi venditori præſtita fuerit. *L. p. C. E. L. 69. §. 3. Leg. 1. L. 90. l. 196. V. S. l. 48. de Evict.* quia naturaliter rei non ineſt, nec nomine rei continetur. (3) Si quid aſſeruit, *L. 18. ædil. ed.* (4) Si aliter pacti ſint, ut in *l. 48. l. p. evict. l. 59. Contr. Emt. L. 90. & l. 196. V. S.*

QV. VII. *An venditor, ignorans ſervitutem fundo vendito impoſitam, teneatur quanti minoris emtor emiſſet, ſi ſciviſſet eam impoſitam?*

Laut. pag. 358. verb. *Ignorans vero &c.*

AFFIRMAT. vid. *q. præced.*

OBJ.

OBJ. (1) *L. 59. ff. C. E.* ibi: *Non liberum, sed qualis esset &c.* adeoque fundo simpliciter vendito præstari debet, non liber, sed qualis esset.

RESP. At eo non excluditur repetitio ejus quanti minoris &c. emisset, si scivisset.

OBJ. (2) *L. 69. §. 3. de Leg. 1.* ibi: *qualis est.*

RESP. Agitur ibi de fundo legato, cum proinde mera hic sit donatio, servitute evicta non tenetur quanti minoris. *Dn. Berger. h. q. 5.*

QV. VIII. *An venditor, qui nihil dixit de pensionibus, teneatur ad interesse, si nominatim exceperit se nolle de pensionibus teneri?*

NEGATUR: Et venditor omnino vi hujus pacti liberatur a præstatione ejus quod interest, licet forte appareat postea rem tributariam esse. Nec quicquam obstat, quo minus hoc pactum valeat.

Dissent. Laut. pag. 358. verb. *licet nominatim &c.*

OBJ. *L. 13. §. 6. l. 39. h.*

RESP. Non agitur ibi de nostro casu, ubi scil. venditor speciem aliquam oneris pure & bona fide nominatim excepit: v. g. pensiones; sed quando obscure excipit, & dolose, cum sciret deberi, alterius decipiendi causa ita loquitur. Ita in *d. §. 6.* dolo in tabulis unum tantum onus expressit: Et in *d. l. 39.* dixit: *si servitutes debeantur*, cum sciret deberi; idque fraudulenter, ut additur *in f.* quia quasi dubium proponitur quod non est.

QV. IX. *Si res tributaria vendita sit, & venditor nihil dixerit emtori, an is teneatur ad interesse?*

RESP. Distinguunt Doctores, an onera sint *ordinaria*, lege publica omnibus ejusmodi bonis imposita, an vero sint *extraordinaria?* HÆC semper evincere tenetur venditor sive *sciens* sive *ignorans* emtori nihil de iis dixerit, modo emtor ea ignoraverit, quia, si scivit, ei non fit injuria, nec deceptus vel læsus dici potest.

Laut. ibid. verb. *Sciens tenetur &c.*

In ILLIS iterum distinguunt; si enim (α) venditor *sciens* nihil de his oneribus dixit emtori *ignoranti*, ille tenetur ex emto ad omne id quod interest, per *text. expr.* in *l. 21. §. 1. act. emt.* ibi: *Si venditor prædii non dicat de tributo* (adeoque loquitur textus de onere ordinario) *sciens tenetur ex emto.* Idem traditur in *l. 41. Act. emt.* ubi is, qui fundo vendito nihil de aquæductu dixit, ex emto tenetur: Onus autem hoc est ordinarium, *l. 27. §. 1. ff. Usufr. ibique Goth.* Adeo ut hoc casu emtor vel agat ad redhibendum & dissolvendum contractum, vel quanti minoris.

 INSTO.

INSTO. Atqui hæc sunt onera, quæ unusquisque scire debet, adeoque imputare sibi debet emtor, quod ignoret ea, quæ lege publica omnibus bonis inhærent.

RESP. (1) Hæc pœna ignorantiæ nullibi in jure constituta apparet, indeque fingi non debet. (2) Contrarium apparet ex *d. l. 21*, ubi venditor tenetur ex emto, si de tributo nihil dixerit, quod omnino est onus ordinarium: Conf. *d. l. 41*. Sane (3) plurima sunt bona, quæ privilegio oneribus sunt exemta, si ergo emtor, inprimis hebetioris ingenii, idem putet, nec venditor aliquid de oneribus dicit, justa videtur ignorantia: Sane (4) ob errorem in qualitate venditor tenetur emtori ignoranti ex emto ad omne id quod interest, *l. 21. §. 2. act. emt. l. 45. Contr. Emt.* Atqui hic est error in qualitate: Eaque sententia, quod venditor *sciens* omnia onera usitata, imo & tributa, si nihil de iis dicat, emtori *ignoranti* evincere teneatur, est communis. *Castr. ad d. l. 21. §. 1. act. emt. Fabr. rational. ibid. Burgund. de evict. c. 46. n. 3. Berger. resol. Leg. ad tit. act. emt. q. 6. Brunn. ad l. 21. §. 1. h. Laut. Comp. pag. 358.* ubi expresse supponit venditorem *scientem* & emtorem *ignorantem*.

Si (β) venditor sive ignorans sive sciens nihil dicat emtori, *scienti* onera, tunc cessat actio ex emto: Scire autem emtor intelligitur, quando ei venditur ein Bauren-Guth oder ein Lehn-Guth, tunc enim scire debet onus, vel tributi vel feudi hujusmodi bonis inhærere: & tunc de his oneribus ordinariis non agit emtor, sed si præterea alia non ordinaria immineant, de his venditor tenetur. *L. 61. ædil. ed. L. 8. Leg. Aquil. L. 41. h.*

Si (γ) venditor *ignorans* nihil dicat emtori *ignoranti* de oneribus, tunc cessat quidem actio ex emto, nec agitur ad id quod interest, adeoque nec ad redhibendum, sed saltem quanti minoris, *l. 45. Contr. emt. Brunn. ad d. l. 21. §. 1. Laut. Comp. pag. 314. ibique Dd.*

Si (δ) venditor partem oneris celavit, tunc non quidem ex emto agitur ad id quod interest, sed quanti minoris, *l. 9. C. h. ibique Brunn.* quæ proinde non *obstat*.

QV. X. *An pactum, quo venditor tributa in se recepit, valeat ratione fisci vel saltem ratione contrahentium?*

Laut. pag. 359. verb. Hoc enim pactum.

RESP. Non valet ratione *fisci*, quia onera publica rem sequuntur, ejusque possessorem. Atque hinc publica lege prohibitum est, ne quis sine censu vel comparare, vel vendere fundum possit, *L. 2. C. sine censu.* Unde emtor fundi etiam præteritorum nomine fisco obnoxius manet, *arg. rubr. L. 2. L. 3. C. sine censu. L. 7. ff. Public.* Neque pactis privatorum forma juris fiscalis convelli potest, *L. 42. ff. Pact.* Inprimis cum comperti habuerint Imperatores avaros cre-

creditores captare momentarias debitorum necessitates, adjiciendo hujusmodi pacta, solere, *d. l. 2.*

Exc. Si pars fundi sub hujusmodi pacto alienetur, tunc enim census in reliquo fundo manet; si modo præjudicium fisco inde non oriatur, *Carpz. p. 2. c. 31. def. 21.*

At alia quæstio est, an valeat ratione *contrahentium*, ita ut si emtor illa tributa fisco solvat, agat actione venditi ad id quod interest. Quod affirmatur (1) per textum expressum in *L. 52. §. 2. ff. Pact. Pactum, ut, si quas summas propter tributiones prædii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, & ut tributa ejusdem prædii debitor penderet, justum ideoque servandum est.* (2) Per *L. 42.* ibi: *talem conventionem quantum ad NB. fisci rationem non esse servandam respondi.* Neque (3) ulla ratio prohibitionis apparet, utpote cum partes de suo jure disponant. Atque ita pro hac sententia præjudicia affert *Christin. ab Autore allegatus*, & *Berg. h. q. 7.* ubi & plures allegat Dd.

Obj. (1) Quod hujusmodi alienatio jure prohibita sit. *rubr. & L. 2. L. 3. C. sine censu comparari non posse.* Et quod nec inter contrahentes valeat, elici videtur ex ratione in *d. l. 2.* allegata, *quia avaritia creditorum momentarias debitorum necessitates captare solet.* Adeoque in odium creditorum tale pactum ipso jure nullum videtur.

Resp. Non valet hactenus, ut venditor compelli possit ad recipiendum hoc onus, & ad liberandum fundum, quia hoc non est in venditoris potestate: Indeque nec actio emti hactenus, ut promissis stetur, datur: Et de hoc casu sunt *dd. ll.* At si non agat ut promissis stetur, sed æstimatoria, ut præstet quanti minoris, hoc omnino fieri potest, & hactenus pactum licitum est.

Obj. (2) *L. 1. C. sine censu*, ubi ex tali pacto emtor contra venditorem agere non potest.

Resp. Expresse additur non dari actionem ex vendito *ut placitis stetur*: Adeoque ut fundus præcise liberetur a tributis, hoc fieri nequit, quia fundus sine censu comparari nequit, at datur æstimatoria quanti minoris.

Insto. Cur vero emtori datur actio ex vendito, si pactum adjectum sit, *ut venditor usuras creditoribus præstet? l. 11. C. Pact.*

Resp. Quia pactum hoc præcise impleri potest, venditor proinde actione venditi ad solvendas usuras compelli potest: quæ ratio cessat in tributis, utpote quæ extra fundum esse non possunt: adeoque frustra ageretur ut placitis stetur: Sed, quia fundus tanti minoris valet, ex ædilitio edicto emtor æstimatoria agit, ut restituat quanti minoris emturus fuisset.

Qv. XI. *An vacca vendita vitulus quoque debeatur?*

Laut. pag. 360. verb. e. g. vacca vendita &c.

NEGATUR: Quia alia res est, æque principalis, adeoque cum in specie venditum sit, deberi nequit: Accedit *arg. l. 65. §. f. leg. 3.* ibi: *agris non continentur* & *arg. L. 1. §. 5. depos.*

OBJ. *L. 10. precar.* ibi: *etiam quod ex ancilla.*

RESP. Loquitur de partu, qui post contractum editus est, ibi: *natus esset*, atque ita quoque res deciditur in *l. 19. §. 7. locat.* Ubi partus in navi natus non præstat avariam, quia initio navigationis est pars matris.

OBJ. *L. 5. §. 9. Commod.* Ubi pullus sequitur equam.

RESP. Commodatario non debetur pullus, sed, quia comitatur, ut solet, equam commodatam, ille custodiam ejus æque ac rei commodatæ præstat.

De controversia, quæ nuper inter *D. Berger.* & *Pagenstecherum* circa hanc quæstionem intercessit, vid. *Berg. Resol. ad h. q. 8.* & *Pagenst. in Disp. de Vacca & Vitulo lactante.*

Qv. XII. *An fructus civiles pro rata temporis inter emtorem & venditorem dividantur?*

Laut. pag. 360. verb. Civilibus &c.

Putat id Autor; & distinguit an fructus quotidie percipiantur, an vero per intervalla: *Illo* casu dividi eos ait pro rata temporis; *hoc* casu totam mercedem esse venditoris, si ante messem vel vindemias venditio fiat, si post, totam esse emtoris.

At clarius res ita explicatur: Fructus *percepti* omnes pertinent ad locatorem sive venditorem, adeoque & pensio pro iis debita, licet ea soluta nondum fuerit, *L. 58. pr. de Usufr. l. 13. §. 11. h. Nondum percepti* pertinent ad emtorem, quia fructus pendentes pars rei sunt, ejusque possessorem sequuntur, *l. 44. R. V.* Indeque pensio quoque, quæ pro his fructibus debetur, ejusdem juris haberi debet. *arg. d. l. 58. L. f. ff. J. fisci.* Si ergo ante vindemiam vel messem quis vendidit, transfert fructus eorumque pensionem ad emtorem, *arg. d. l. 58.* ibi: *jam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, per colonos sublatis &c. L. f.* ibi: *sed cum utraque addictio intra tempora vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu: Itaque placebat fructus emtoris esse:* & mox, *quod quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono pensionem accipere, Laut. p. 361.* Sic porro, si quotidie fructus percipitur, ut in opera servi, tunc pro ea parte, qua venditor per colonum operam percepit, merces debetur venditori, pro operis futuris vero merces debetur emtori, *l. 26. Usufr. Laut. p. 360.*

OBJ.

OBJ. *L. f. ff. Jur. fisc.* ibi: *Quid putaret de aridis fructibus qui ante percepti in prædiis fuissent? Respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt; eos quoque emtorem accepturum.* Adeoque si res venditur percepta jam messe & vindemia, nihilominus pensio emtori cedit, si dies pensionis (qui solet esse Calendis Martiis, *l. 58. pr. Usufr. ibique Goth.*) nondum venit.

RESP. Hoc singularissimum est, ut re a fisco vendita, etiam pensiones emtori debeantur, licet fructus jam ante venditionem percepti sint: Unde etiam *nova sententia* vocatur. Quin ratio singularitatis additur, quia emtor expellere conductorem fisci non potest: *Ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, atque hoc habetur, ac si hoc ipsum*, ut scil. pensionem acciperet, *in emendo convenisset.* Ergo hoc commodum cedit emtori pro onere, quod licet dominus sit, conductorem fisci expellere non possit.

QV. XIII. *An accessiones quoque venditæ videantur?*

AFFIRM. Quæ scilicet ad perpetuam rei utilitatem accessere, *L. 17. §. 7. & §. f. h.* de quibus plenius *B. Par. in J. P. c. 9.*

Laut.pag. 361. verb. *Pertinentias enim &c.*

DISSENT. *Laut. p. 361.*

NOT. Pertinentias per se facit cohærentia, *arg. d. l. 17. pr.* donec appareat non rei causa, nec ad ejus perpetuam utilitatem, positam vel affixam esse.

QV. XIV. *An domo vendita etiam videatur pharmacopolium venditum?*

AFFIRM. Si in specie privilegiata est domus, uti recte decidit *Berl. 3. c. 30. n. 26. Carpz. p. 3. c. 24. def. 9.* Secus ergo si non domui adhæret privilegium, tunc enim aliud est domus, aliud pharmacopolium *dd. Aut.* De priori quoque casu aliud sentit *Dn. Berg. in resolut. ad Laut. pag. 362. ad verba, idem in pharmacop. &c.*

Laut.pag. 362. verb. *Idem in pharmac. &c.*

QV. XV. *An venditor thesaurum, quem in vendito fundo antequam traderetur invenit, retineat?*

AFFIRM. (1) Quia nec est accessio nec utilitas rei venditæ, sed extra rem. *L. un. C. de thes. L. 63. ff. 1. de A. R. D. L. 3. §. 3. A. P.* (2) Quia venditor est dominus ante traditionem. *ff. 3. Emt. vend.* at thesaurus cedit domino. *§. 39. R. D.* Atque ita (3) statuunt Dd. allegati a *Laut. pag. 363. & Dn. Berger. h. q. 11.*

Laut.pag. 363. verb. *Thesaurum tamen &c.*

OBJ. (1) *L. 67. R. V.* Ubi pecunia deperdita quidem ad venditorem pertinere dicitur, sed expresse aliud statuitur, si thesaurus inveniatur.

RESP

Resp. Loquitur de thesauro invento in re emtori tradita, ibi: *ad ejus refectionem fabrum induxit*. Hoc casu non cedit venditori, sed emtori, tanquam domino, & pro parte inventori, *L. un. C. de thesaur.*

Obj. (2) § 3. *Inst. Emt. L. 1. C. Peric. & com.* junct. *L. 10. R. J.* Ubi omne commodum ad emtorem pertinere dicitur, quia periculum ad eum pertinet.

Resp. Omne commodum quod rem sequitur ad emtorem pertinet, tale vero non est thesaurus.

Obj. (3) *L. 23. §. f. de A. R. D.* ibi: *si creditor invenerit, in alieno, videbitur &c.* junct. *L. 13. §. 8. h.* ibi: *pignus*, ubi creditori, cui ager oppignoratus est, non acquiritur thesaurus.

Resp. Hoc verum, quia creditor non est dominus, venditor autem est dominus ante traditionem.

Qv. XVI. *An emtor re tradita statim ad usuras pretii nondum soluti teneatur?*

Laut. pag. 367 verb. Scil. fide de pretio habita &c.

Lauterbachius pag. 367. distinguit, an venditor fidem de pretio habuerit, an non; *illo* casu emtores ad usuras non teneri, nisi post interpellationem, *hoc* casu statim a momento traditionis teneri; addita ratione, quia illo casu ante non est in mora.

Equidem non rejiciendam esse illam distinctionem omnino existimo. Et ratio ab Autore allegata vera est, nam *fide de pretio habita* ideo non tenetur emtor ad usuras, quia venditor hoc ipso, quod fidem de pretio habuit, usum pretii usque ad interpellationem concessisse videtur. Et sibi imputare debet venditor, quod eo casu emtorem non interpellet, eumque in mora constituat: Sed & cum singulare sit in persona minorum, quod licet fidem de pretio habeant, tamen a tempore tardæ pretii solutionis mora fiat, quia minor fidem de pretio habere nequit, *L. 3. C. In quib. caus. in int.* hæc exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

At *fide de pretio non habita* statim a die traditionis emtor ad usuras pretii non soluti tenetur: (1) Quia non simul & rem & pretium, & sic geminum lucrum ex eadem causa invito domino habere potest. (2) Fieret locupletior ex re aliena, quod leges prohibent. (3) Atque hinc expresse disponitur in *L. 13. §. 20. Act. Emt.* *Ut usuræ pretii post diem traditionis peti possint*, addita ratione, *nam cum re emtor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere.* Idem quoque (4) deciditur in *L. 18. §. 1. Usur.* ibi: *Post traditam possessionem defuncto venditore medii quoque temporis usuræ pretii, quod in causæ depositi non fuit, præstabuntur.* Unde

Unde (5) etiam jure Canonico, ubi usuræ inter crimina extraordinaria referuntur, hanc usurarum speciem probari statuunt *Brunn. ad L. 2. C. Usur. n. 5. Covar. Var. resol. L. 3. c. 4.* Neque (6) hæ usuræ aliter sistuntur quam depositione. *d. l. 18. §. 1. Usur.* ibi: *quod in causa depositi non fuit.*

AMPL. (1) Atque hæ usuræ debentur venditori, etsi emtor in mora non sit solvendi, per text. expr. in *L. 5. C. Act. Emt.* ibi: *licet nulla mora intercesserit. & L. 9. C. Usur. Berl. p. 2. c. 38. n. 13.* quia re tradita emtor usuras non solvit ob moram, sed in compensationem fructuum rei. *d. l. 13. §. 20. d. l. 18. ℱ. 1. Brunn. ad l. 18. ff. Usur. n. 4. & ad L. 5. C. act. Emt. Carpz. p. 1. dec. 11. n. 12. Berl. d. n. 13.* Atque ita in contradictorio hic pronunciatum in causa Carl Schacht.

OBJ. (1) *L. 3. C. In quib. caus. rest. in int.* Ubi tanquam singulare in minore statuitur, quod ex solo tempore tardæ solutionis absque interpellatione mora ab ejus debitore committatur: Ergo regulariter ex solo tempore tardæ solutionis mora non committitur.

RESP. Verum est debitorem regulariter non constitui in mora, nisi per interpellationem, indeque hoc singulare esse in minore, quod hujus debitor moram committat etiam non interpellatus, & ex momento tardæ solutionis: At hoc plane ad nostram quæstionem non pertinet: Ubi usuræ debentur citra moram, ex eo quod emtor utatur re & pretio, ibi ergo major quoque ex die tardæ solutionis, licet in mora non sit, ad usuras tenetur. Loquitur ergo ille textus de casibus, ubi debitor non tenetur solvere nisi interpellatus, adeoque ubi usuræ non debentur nisi ex mora: nos vero agimus de casu, ubi debitor statim tenetur solvere, quia res ipsi tradita est, adeoque ubi non ex mora, sed ideo usuras præstat, quia & re & pretio simul uti non potest, quæ ratio & in majore & minore obtinet.

OBJ. (2) *L. 5. C. de Pact. int. emt.* Ubi usuræ pretii tardius exsoluti *duntaxat* ex mora debentur: Non ergo ex tempore factæ traditionis.

RESP. Venditor ab initio usuras non paciscens fidem de pretio habet; Indeque usuras exigere nequit, nisi post emtoris moram, tunc enim ex duplici causa tenetur emtor, tum quia in mora est, tum quia lucrum ex re aliena percipit invito domino, uti optime res ita deciditur in *L. 60. pr. ff. Pro socio.*

OBJ. (3) *L. 13. C. Act. Emt.* Ubi venditor tunc demum, si mora intercessisse probetur. usuras exigere potest.

RESP. (1) Loqui textum de casu, ubi fidem de pretio habuit venditor, tunc enim non potest exigere usuras, nisi post moram. Neque tunc usuræ tam ob moram, quam quia re mea utitur, debentur. Vide *L. 60. pr. ff. pro soc.* (2) De-

(2) Decidunt Imperatores casum uti proponebatur; exigebat scil. venditor & sortem & usuras ex mora, & bene decernebant Imperatores, & sortem & usuras, si mora intercessisse probetur, exigi posse; At præterea ex alio quoque capite usuræ peti possunt, licet emtor non sit in mora, nam de eo non quærebatur; neque unius posino est alterius exclusio.

Obj. (4) *L. 5. ff. Peric. & comm.* ibi: *venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecit, usuras duntaxat præstabit, non omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuit.*

Resp. Plane hic non quæri, an emtor tantum ob moram usuras solvat, nam hoc in aliis textibus jam decisum reperitur: nimirum emtorem teneri, etsi non sit in mora; Sed ibi quæritur, an emtor morosus, usuras solum, an præterea omne id quod interest solvat: & decidit JCtus usuras saltem exigi posse. Vid. *Lauterbachius Comp. pag. 367.*

Obst. (5) Quod tamen iniquum sit emtorem vel decreto judicis vel alia justa causa extra moram constitutum, usuras solvere debere.

Resp. Non est iniquum, tum quia utitur re aliena, tum quia se liberare potest deponendo pecuniam, vid. *supr. rat. 6.*

Ampl. (2) Idque verum est, etsi imminens periculum evictionis sit, *q. seq.* nec ideo cavere nolit, *ibid.*

Ampl. (3) Regula illa obtinet, etsi emtori retentio pretii judiciali decreto injuncta sit, uti præjudicio confirmat *Carpz. part. 1. dec. 11. n. 22.* Nam jus retentionis non sistit usuras, sed depositio. *Mev. part. 7. dec. 368.*

Ampl. (4) Denique usuræ hæ debentur, etsi emtor ex re vendita nullos plane perceperit fructus. vid. *q. 18.*

Qu. XVII. *Si venditor ob imminens evictionis periculum non caveat, an etiam tunc emtor teneatur ad usuras?*

Laut. pag. verb. 367. Hinc emtor qui propter &c.

Affirm. (1) Ex eadem æquitatis ratione, nam cum emtor re fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere, *d. l. 13. §. 20. d. l. 5. d. l. 18.* Accedit (2) quod si nolit ad usuras obligari, deponere pecuniam, eoque se liberare possit. *d. l. 18. §. 1. ff. Usur.* Ubi tamen (3) requiritur, ut prius obtulerit emtori, *L. 2. C. Usur.* & tum deposuerit. *d. l. 18.* Atque hoc ita quoque traditur in *L. 9. C. Usur. debitor qui paratus est solvere, sed propter moram tutorum pecuniam pupilli penes se retinuit, non liberatur ab usuris, nisi NB. solenni depositione facta.* Atque ita in praxi obtinet; *Brunn. ad L. 5. C. Act. emt.* & aliquoties ita judicatum ait *Carpz. p. 1. dec. 11. n. 10. & p. 2. c. 34. def. 38. Berl. p. 2.*

p. 2. c. 38. n. 15. ibique D. Paul. de Castro ad L. 2. C. Usur. n. 1. & ad L. 1. C. Usur. Conf. late Dd. & præjudicia allegata a *Laut. p. 367. in pr.*

Qv. XVIII. *An emtor ad usuras pretii tardius exsoluti teneatur, etsi ipse nullos fructus perceperit?*

Affirm. Quia eadem ratio manet, quod & re & pretio simul utatur, vel saltem uti possit, *L. 13. §. 20. ff. Act. Emt.*

Laut. ibid. verb. *vel etiam nullos &c.*

Quid si res vendita sit sterilis?

Resp. Nihilominus emtorem ad usuras teneri: Quia utitur pretio, quod ad venditorem pertinet, exque eo locupletior fit: & licet in mora non sit exsolvendi, non tamen liberatur, quia deponere debuisset: Atque hanc sententiam præjudiciis quoque confirmant, *Laut. p. 367. in f. Berl. p. 2. concl. 38. n. 14. & 15. Carpz. p. 2. c. 30. def. 6. Christ. Vol. 3. dec. 75. n. 6. Richt. p. 2. dec. 70. n. 11. & seq. Franzk. de Act. Emt. n. 401. & seq.*

Male ergo *Lauterbachius alleg. loc.* hujus sententiæ rationem in eo ponit, quod usuræ hæ non debeantur propter fructus, sed quia in mora est; nam contrarium jam in præcedentibus quæstionibus demonstratum est. Conf. *L. 16. §. 1. ff. de Usur. L. 60. pr. Pro socio.*

Qv. XIX. *An ultra consuetas usuras alia accessio exigi possit?*

Negatur: quia esset contractus usurarius.

Laut. pag. 368. verb. *ultra consuetas usuras &c.*

Obj. *L. 2. §. f. de eo quod cert.*

Resp. Loquitur de pecunia trajectitia, ubi ultra consuetas usuras paciscilicet.

LIB. XIX. TIT. II.

LOCATI CONDUCTI.

Qv. I. *An domini jus protimiseos habeant in operis suorum rusticorum?*

Affirmat hoc *Laut. p. 369. in f.* Si (α) eorum nihil intersit. Et (β) res integra, i. e. cum alio nondum contractum sit, atque ita quater judicatum re-

Laut pag. 369. verb. *Rustici tamen &c.*

refert: At ex ratione juris id verum non eſt: (1) Quia omnes contractus liberi eſſe debent. *L. 11. C. h.* Quin injuſtum deſiderium dicitur compellere aliquem ad vendendum *l. 11. C. contr. Emt.* (2) Ruſtici ſunt liberi homines, qui proinde, ut alii, libere de re ſua diſponere poſſunt. *L. 21. C. Mand. L. 14. C. contr. Emt.* Neque hæc libertas ullibi reſtricta apparet. (3) Ita cives quoque magiſtratui pro aliis quælibet officia locare tenerentur, cum eadem ſit reverentiæ ratio. Neque ergo (4) ruſticis magis quam aliis injuria fieri debet. Et cum (5) concedatur operas has eſſe indebitas, & exigi ultra debitum, vid. *Carpz. dd. ll.* contradictio eſt eos teneri, & tamen ultra debitum eſſe.

Exc. (1) Niſi aliud receptum, ut in Saxonia: de quibus loquuntur Dd. apud *Laut. d. l.* Conf. *Phil. Uſ. pr. Inſt. L. 2. Ecl. 44.* ubi ita reſponſum refert. Et forte in Marchia, *Müll. reſol. 99. 100. 107.*

Exc. (2) In hominibus propriis vel glebæ adſcriptis.

Obj. (1) Reverentia dominis debita.

Resp. (1) Exinde non naſcitur obligatio ad operas indebitas præſtandas: Et quid non alias ex eo inferri poſſet. (2) Reverentia non tribuitur injuſtis deſideriis, deſiderium autem injuſtum dicitur aliquem compellere ad contrahendum, *l. 11. C. Contr. Emt.*

Obj. (2) Quod domini habeant in rebus eorum jus protimiſeos, *vid. tit. de contrah. emt. q. 3.* ergo & in operis.

Resp. Non habent jus protimiſeos niſi in rebus, in quibus dominii ſpeciem habent, quod non eſt in operis; ruſtici enim ſunt liberi homines. Accedit quod jus illud protimiſeos ſingulariſſime in venditione receptum ſit, quia nihil intereſt, an a domino an ab extraneo pretium conſequatur ruſticus.

Qu. II. *An tacita relocatio in prædiis ruſticis ad annum facta videatur?*

Laut. pag. 370. verb. & quidem in prædiis ruſticis.

Si conductor ſciente & patiente domino finita locatione in poſſeſſione rei conductæ maneat, quæri ſolet, ad quodnam tempus relocatio illa facta videatur?

Resp. Ad id tempus, quo fructus plene percipi ſolent, *l. 13. §. f. h.* adeoque in ædificiis de momento in momentum, vid. tamen *Laut. Comp. p. 370.* Si talis res locata eſt, cujus uſus anno finitur, eousque tacite res relocata videtur, *d. l. 13.* Si vero majus ſpatium ad id requiratur, ut in agris, ubi meliorationes non niſi triennio exhauriuntur, eousque renovata locatio cenſetur, *Mev. p. 3. tit. 8. art. 2. ad Jus Lubec.* Conf. *Wegen. tr. de locat. c. 2. n. 39. Molin. de J. J. tr. 2. D. 498. n. 12. Gomez. Reſol. tom. 2. c. 2. & 3. n. 15. Mant. de*

de Loc. Cond. t. 8. n. 4. in fin. Trentac. L. 3. tit. Loc. Res. 2. n. 12. Old. class. 4. act. 9. rubr. intentio actoris &c. n. 4. Brunn. ad d. l. 13. §. f. n. 16. Loc. Cond. Müller. resol. 110. n. 12. Struv. Ex. 24. th. 7. Idque sequitur ex natura locationis. Ex locatione enim omnis fructus rei debetur prout usus definitus est, etsi certum tempus adjectum non sit, nec finitur nisi usu ejus finito: sive ille singulis momentis, sive anno, sive triennio demum percipiatur. Atque hæc relocatio non ultra extenditur, etsi prima locatio ad lustrum facta fuerit, quia hoc casu revera sunt plures locationes, & forte 4. si singulis annis plenarie fructus percipitur; duæ vero, si usus semilustro finitur: Si igitur locatio elapso lustro tacite renovatur, una saltem locatio repetitur, & res non ad lustrum, sed ad id tempus, quo usus inde percipitur, relocata censetur: atque ita rem decidunt, *Fab. C. de Loc. def. 45. Menoch. præsumt. l. 3. præs. 85. Masc. prob. V. 3. c. 994. Christ. V. 3. dec. 116. n. 3. Mantic. L. 5. tit. 15. n. 6. Laut. Comp. p. 370.* In Curia Halberstadiensi in contradictorio tacita relocatio agrorum ad triennium repetita censetur in causa Oppen c. Holtzapffeln, item in causa Rel. Blancken c. Hahnen, item in causa Hoimb c. Ulemann, item in causa Closter Nicolai c. Bortfeld. d. 12. Mart. 1711.

Qv. III. *Si in scriptis certum tempus habitationis locatæ est expressum, an ad illud ipsum conductio renovata censeatur?*

Laut. pag. 370. verb. aut si in scriptis &c.

Putat id Autor, sed male: (1) Quia in prædiis rusticis id non obtinet, sed ibi licet prima locatio ad lustrum facta sit, secunda tamen non est, nisi quoad usus percipitur quod fit intra annum: cum ergo in urbanis percipiatur usus singulis momentis, ex eadem ratione eousque saltem relocatio facta videbitur. Neque (2) in relocatione tempus expressum est, ergo probari illud oportet. (3) Probatur id quoque ex *l. 13. ff. f. h.* Ubi expresse dicitur, quod habitatio locata singulis momentis revocari possit; nisi certum tempus expressum sit, quod non est in relocatione.

Obj. *d. l. f. ff. f. in f.* Ubi a regula, quod singulis momentis habitatio revocari possit, excipitur casus, si in scriptis certum tempus præfinitum est, adeoque hoc casu relocatio videtur extendi debere ad idem tempus scriptis expressum.

Resp. Loquitur textus de locatione prima, & quæritur quousque duret? Respondet JCtus quoquo momento revocari posse, nisi certum tempus scriptis expressum sit; non ergo loquitur de relocatione & quod etiam hic idem tempus repetitum censeatur, alias enim sequeretur, quod si in scripto lustrum adjectum fuerit, illud quoque repetitum intelligatur, quod ne in rusticis quidem verum est, nedum in urbanis, *d. l. f.*

Qv. IV. *An milites locare & conducere possint?*

Laut. pag. 371. verb. Milites.

RESP. *Locare* etiam milites omnino possunt, neque id ullibi prohibitum est: Sed a conductionibus prohibentur, & quidem promiscue (1) ne a signis suis detrahantur, (2) ne vicinis graves præsumtione cinguli militaris existant, quæ ratio in omni conductione, sive opus ei conjunctum sit, sive non, obtinet.

At hoc ipso EXCIPIUNTUR casus (1) si non integrum prædium, sed certi agri ejus prædio accedunt. (2) Si desinit esse miles: Illo enim casu, cum proprium prædium habet, quod administrat, ei pars quædam accedere potest, hoc casu cessat utraque ratio.

Qv. V. *An locari possit jurisdictio?*

Laut. pag. 371. verb. Et hodie jurisdictio &c.

RESP. Quoad fructus locari potest, non vero quoad actus jurisdictionis, nam hi consistunt in cognitione causæ: indeque nec sunt æstimabiles, nec æstimari soliti. Neque tunc erit locatio sed mandatum, vocanturque hæc mandata jurisdictio. At locato prædio etiam jurisdictio locata censetur, *Laut. p.* 371. *in f.* hoc est quod Doctores dicunt multa per universitatem venire, quæ per se venire non possunt.

Qv. VI. *An servitus usus locari possit, & an reliquæ servitutes?*

Laut. pag. 372. verb. Nec servitus usus &c.

RESP. Servitus usus locari non potest, quia personam excedere nequit. Nam cum usus ad nostras quotidianas necessitates tantum competat, §. 1. *Inst. Usu & hab.* non essent nostræ necessitates, si aliis locaretur usus, nec quotidianæ, si iis carere possemus. Conf. *l.* 12. §. 5. *h.*

Idem est in omni servitute prædii; *l.* 44. *h.* quia ea consistit in usu prædii, non personæ, conductor vero, cui ex locatione usus debetur, tantum usum personæ debitum acquirit, non illum qui rei debetur; Vid. *sup. L.* 8. *tit.* 1. *q.* 1.

EXC. (1) Cum re locari potest; nam res locatur cum sua qualitate, qualis quoque est servitus; (2) Precario concedi potest, *L.* 3. *prec.* quia id non consistit in jure, sed nuda possessione nomine domini exercenda, nec interest alterius; adeoque textus ille non obstat.

Qv. VII. *An res invectæ secundi conductoris primo locatori sint tacite pignori?*

Laut. pag. 372. verb. Hujus tamen &c.

AFFIRMATUR de invectis in prædium urbanum, hæc enim ex lege sunt obligata, indeque obligatio illa etiam afficit res secundi conductoris: Secus

cus ergo in prædiis rusticis, etsi primus conductor sua invecta obligaverit pacto, quia hoc non valet nisi inter contrahentes. Vide *supra tit. de servit. præd. urb. q. 1.* Conf. *L. 20. tit. 2. q. 13.*

Qv. VIII. *Si quis contrahit cum aurifabro, ut ex suo auro pro certa pecunia annulum faciat, an sit locatio conductio? & quis sit locator, quis conductor?*

RESP. Distinguendum est an aurum aurifabri sit, an vero illius qui vult annulum sibi confici, *illo* casu est venditio, quia res ab eo procedit & in alterum transfertur. §. *5. J. h. L. 2. h. L. 20. l. 65. C. E. V. hoc* casu erit locatio conductio: nam aurifaber erit locator operis, quia usum rei alii præstat, & ille, qui aurum dedit ut annulus inde conficiatur, erit conductor operæ, quia usum operæ pro certa mercede conduxit; & de hoc casu est *L. Obst. 22. §. 1. h.*

Laut. pag. 373. verb. Qui ex suo auro &c.

Qv. IX. *An conductor operas conductas alii iterum locare possit?*

Regulariter id NEGATUR, quia obligatio tantum est inter locatorem & conductorem, ita ut non nisi inter contrahentes operæ debeantur, & tantum ex promissione.

Laut. pag. 373. verb. & potest conductor &c.

OBJ. *L. 7. ff. L. 6. C. h.*

RESP. Casus ibi est, ubi quis jus in rem habet, ut in operas libertorum, vel servorum, has omnino iterum alii locare potest.

Qv. X. *An merces saltem in pecunia numerata consistere possit?*

AFFIRM. Hæc sola enim est res æstimans, atque huic soli inest certitudo, qua valor cujusque rei potest dimetiri; omnes reliquæ res sunt æstimatæ: vide textus apud *Laut. p. 373.*

Laut. ibid. verb. Quæ NB. pecunia numerata &c.

OBJ. *L. 8. L. 21. C. L. 35. ff. h.* Ubi locatio olei potest fieri in eadem quantitate.

RESP. Hoc in locatione fructuum fungibilium, ubi non dominium sed usus æstimatur, singulare est, quod fructus loco mercedis solvi possint, nam hic fructus multo melius certam quantitatem definit quam pecunia numerata, cujus valor variat, nunquam vero fructuum quantitas.

Qv. XI.

Qv. XI. *An proprie locatio sit, ubi tantum promittitur quantum justum erit?*

Laut. pag. 373. verb. Proprie enim locatio &c.

AFFIRM. Quia merces ibi certa est per relationem ad arbitrium boni viri, uti plenius in materia emtionis vidimus. Vid. *L.* 18. *tit.* 1. *q.* 21.

Qv. XII. *An locatio sit ubi promittitur quantum inter partes postea convenerit?*

Laut. ibid.

NEGATUR: Vid. *tit. de Contr. Emt. q.* 13. Nulla enim ibi certitudo, imo contradictio est, ex conventione pretium esse certum, & adhuc de eo esse conveniendum. Sed & hæc est substantia obligationis, quæ non potest conferri in arbitrium ejus qui obligatur. *L.* 13. *Contr. Emt.*

OBJ. *L.* 8. *C. h.* Ubi ex postfacto definitur merces.

RESP. Imo merces ibi jam ante fuit certa, & definita, ibi: *quos tibi juxta præteritam consuetudinem deberi constiterit:* Indeque tantum repetita censetur.

Qv. XIII. *An liber homo a promissione perpetuarum operarum liberetur præstando id quod interest?*

Laut. pag. 374. verb. Liber homo tamen &c.

AFFIRM. Equidem pactum de perpetuis operis omnino valet, quia quisque de re sua disponit: at quia cum natura libertatis aliquatenus pugnaret, hominis liberi operas perpetuo ad alium pertinere, simul statuimus liberari paciscentem præstando id quod interest. *L.* 13. *ff. re jud.* hoc enim in omnibus faciendi obligationibus obtinet. *d. l.* 13. *vid. tit. pact. q.* 42.

OBST. (1) *L.* 71. §. 2. *Cond. dem.* Ubi conventio, qua jus libertatis perpetuo excluditur, ipso jure nulla est.

RESP. (1) Nihil ibi agitur de perpetuis operis, sed de perpetua habitatione, & quod nolit recedere a loco, hoc pactum speciem carceris infert, quod fieri jure non potest. (2) Loquitur ibi de ultimis voluntatibus, in quibus omnino jus libertatis infringeretur, quia ibi non liberaretur præstando id quod interest, utpote cum defuncti interesse non possit, secus ac in contractibus. *d. l.* 13.

OBJ. (2) *L.* 37. *ff. L.* 6. *L.* 24. *C. de lib. Caus.* Ubi itidem ipso jure nulla sunt pacta de operis perpetuis.

RESP. Loquuntur de vera servitute, in quam nemo se dare potest.

OBJ. (3) *L.* 2. *de hom. lib. exhib.*

RESP.

Resp. Ibi non loquitur de pacto, quo jus libertatis infringitur, sed de detentione hominis inviti, hæc detentio violenta speciem servitutis inferret, indeque merito improbatur, vid. *L. 1. §. 1. ff. Eod.*

Qv. XIV. *An conductor idem offerens quod novus conductor, ex æquitate huic præferatur?*

Negatur in fundis privatis, at affirmatur de fundis publicis, *L. 4. & 5. C. de locat. præd. Civ.* Quod beneficium etiam in Germania obtinet, *Carpz. p. 2. c. 37. def. 8.* & in Frisia: *Sand. alleg. l.* Non vero in Belgio. *Grœnw. ad d. L. 4.* Conf. *Ant. Math. L. 2. c. 2. n. 8.*

Laut. pag. 374. verb. *Nisi conduxerit &c.*

Exc. Si pacto id conventum sit, tunc & in privatis fundis id locum habet. Sed memini sæpius contigisse, quod locator, qui jus protimiseos conductori promisit, allegaverit seipsum prædium administraturum, & tum quæsitum fuit, si suspicio adsit, alii locatum iri, quomodonam procedendum sit? aliquando juramento se purgavit locator, ut in causa Koch contra Scholler, aliquando sub pœna id ei interdictum fuit, ut in causa Oppen contra Schencken. Sed an tum locator in perpetuum locationi renunciasse censeri debet? Hoc equidem iniquissimum foret, indeque meo judicio ex arbitrio judicis dependet certum definire tempus, examinare circumstantias, &c. & si justa causa elocandi appareat; impediri dominum nulla ratione posse puto.

Qv. XV. *An uxor recedere possit a locatione bonorum paraphernalium a marito facta?*

Negatur: Quia maritus est legitimus administrator, ex cujus facto obligatur uxor.

Laut. pag. 375. verb. *Sic nec recedere &c.*

Obj. *L. 25. §. f. sol. matr.*

Resp. Aliud in dotali prædio, ubi maritus jure dominii civilis elocavit, quo sublato, uti tollitur finito matrimonio, expirat quoque locatio. Vid. *infr. q. 23.*

Qv. XVI. *An conductor ex justa causa ante finita locationis tempora propria autoritate expelli possit?*

Negatur: (1) Quia nemo judex in propria causa constitui potest. *t. t. Ne quis in sua causa.* Neque (2) tale pactum, utpote de jure publico, valet, neque enim pars parti jurisdictionem in se concedere potest. Quid si enim (3) conductor contradicat, se contractum violasse neget, an hujus rei judici-

Laut. pag. 375 verb. *autoritate judicis &c.*

dicium competere locatori poterit? minime: Et quid ſi (4) cedere nolit, an vi ad id compelli poſſet? Nonne inde motus, ſeditiones &c. exorirentur? quod privatis permitti non debet. *L. 176. pr. R. J.* Atque ita (5) exponeretur conductor vindictæ & arbitrio locatoris, quin ſingulis momentis legem contractus violatam eſſe allegare, eoque expellere conductorem poſſet, & ſane miſerum ſolatium eſſet conductori, ſi poſtea in reconventione demum jus ſuum vindicare deberet, cum proceſſus hodie fere ſint immortales. Idque (6) in terminis traditur in *L. 18. ff. Vi arm. L. p. C. h. & L. 3. C. pign. vim quidem facere non videntur*, (quia ſcil. juxta legem conventionis ingreditur poſſeſſionem), *attamen autoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci debent:* Eaque ſententia (7) in praxi recepta eſt. Vide *Laut. p. 375. ibique Dd. Diſp. B. Parent. de clauſ. reb. ſic ſtant. c. 6. ſ. 11.*

OBJ. (1) Omnes illi textus in *L. 54. L. 56. ff. L. 3. C. h. L. 10. ſ. 1. de publ. & vect.* ubi dicitur expelli poſſe.

RESP. Jubendo, non vim faciendo, ſi vero nolit cedere, auxilium judicis implorari debet.

OBJ. (2) Quod dominus civiliter poſſideat, adeoque intrare ſua autoritate fundum ſuum poſſit. *L. 6. pr. Acquir. poſſ.*

RESP. Agitur ibi de caſu, ubi quis clam poſſidet, non vero ubi ex voluntate domini poſſeſſionem cepit, uti colonus.

Varias Doctorum ſententias vide apud *Fach. alleg. l. & Mart. ad proc. Sax. tit. 39. §. 1. n. 110. junct. n. 122.* ubi late hanc quæſtionem tractat.

QV. XVII. *An locatione ad quinquennium contracta conductor ante biennium ob non ſolutam mercedem expelli poſſit?*

Laut. pag. 375. verb. *Ante biennium vero.*

NEGATUR: Sed demum poſt biennium per *L. 54. §. 1.* ibi: *biennii continui penſionem non ſolverit. L. 56.* ibi: *tempus autem &c. biennii debet obſervari ff. h. t. arg. l. 14. C.* ibi: *venditor &c. quanti intereſt experiri poteſt.* Neque ex eo, quod emtor conventioni ſatis non fecit, contractus irritus redditur. Illos autem textus loqui de locatione ad plures annos facta, ex inſpectione apparet, & ex ipſa rei natura.

OBST. (1) *L. 3. C. h. Si penſionem in ſolidum ſolviſti in locatione ad plures annos facta.* Ergo ſi penſionem in ſolidum non ſolvit, ſtatim expelli poteſt.

RESP. (1) In ſolidum non ſolvit, ſi intra biennium non ſolvit, adeoque tunc demum in mora eſt, non ante: (2) Loquitur textus de locatione non ad

plures

plures annos, ſed ſimpliciter facta, ibi ſtatim ac uſus finitus eſt, tenetur ad mercedem, qua ceſſante omnino in mora eſt, & expelli ſtatim poteſt.

OBJ. (2) *L. 10. §. 1. de Publican. & Vectig.* Ubi publicanus ſtatim ac penſiones vectigalium non ſunt ſolutæ, expelli poteſt.

RESP. Agitur ibi de locatione rerum publicarum: Ibi igitur princeps locator expellere conductorem propria autoritate poteſt.

AMPL. Moroſus conductor elapſo biennio expelli poteſt, etſi conventum ſit, ne invitus ante quinquennium expellatur, *Laut. p. 375.* quia hoc pactum intelligitur cæteris paribus, ſi ſcilicet conductor in ſolutione mercedis non ceſſaverit, neque hoc pactum excludit pœnam legis, vide optime *Goth. ad L. 54. h.*

QU. XVIII. *An locator, & quibus caſibus, a contractu recedere poſſit?*

RESP. Quatuor caſibus a contractu recedere poteſt locator, etſi contractus valeat & ſubſiſtat. *L. 3. C. de loc. & cond.* Examinavit *B. Parens* hos caſus *in Diſp. de clauſ. reb. ſic ſtant. c. 6. §. 4. ſeq.* Verba ejus hæc ſunt: *Prima* ſpecies eſt, cum ipſe locator poſtea indiget re locata: tum enim revocare eam poteſt, modo neceſſitas illa, non jam tempore contractus apparuerit, aut imminere cœperit, ſed ex poſtfacto inciderit, *L. 3. C. de loc. cond. c. pen. X. eod.* & locator neceſſitatem ſuam probaverit: nec juramentum ejus ſufficit. *Fab. C. L. 4. T. 42. D. 51. Carpz. P. 2. C. 37. D. 6. n. 6. & ſeqq. Ant. Gabriel. L. 3. Tit. de Loc. Concl. 3. Trentacinq. L. 3. Tit. de Loc. Cond. R. 4. per tot. & Lauterb. de Loc. Cond pag. 376.* Cæterum extenditur hoc beneficium, & adeo competit locatori, ut (1) revocata locatione pignus quoque, ſi quod conſtitutum eſt conductori, intercidat, ſublato quippe vi clauſulæ: Rebus ſic ſtantibus, quæ legi ineſt, debito principali. *Covarruv. L. 2. reſ. c. 15. n. 4.* etſi diſſentiat *Chriſtin. Vol. 3. dec. 115. n. 4. & alii apud Trentacinq. d. Reſ. 4. n. 8.* (2) Ut non teneatur locator pati, ut ſecum habitet conductor, etſi domus ſatis ſpatioſa ſit, & uterque habitare commode poſſit: quia dominus non tenetur habitare cum alio. Et vel teneretur locator ex conductione vel ex alia cauſa: non ex conductione, quæ inita fuit, ut conductor ſolus habitet, (quod vi legis & clauſulæ noſtræ revocatum eſt), non, ut ſi dominus ipſe habitet, admittere quoque alterum teneatur: neque ex alia cauſa, cum conductor nihil juris, niſi ex conductione habeat. Atque ſic ſentiunt *poſt Baldum Trentacinq. d. reſ. 4. n. 8. Chriſtin. d. D. 115. n. 5. D. Lauterb. d. l. p. 376.* Equidem, ſi domus ſpatiis & diætis abundet, & conductor ita habitare in earum aliqua poſſit, ut nihil incommodi locator ſentiat, durum eſt eum contra fidem contractus expelli. (3) Hoc

Hoc extendunt etiam ad locum a studioso conductum, *D. Lauterb. d. l.* etsi dissentiat *Trentacinq. d. T. n. 7. & Harp. in §. fin. n. 14. Inst. de loc. cond.*

Altera species est, cum res locata refectione necessaria indiget; *d. l. 3.* quo casu, si adhuc absque magno incommodo habitare possit conductor, nihil mutatur, sed integram tamen mercedem debet; si vero non possit, tenetur relinquere habitationem dum durat refectio: modo alias periculum esset ruinæ, *Christin. d. Dec. 115. n. 7. Harprecht. ad Princ. Inst. de loc. cond. n. 65.* Quod si jam tempore locationis necessitas reficiendi fuerit, tenetur dominus ad id, quod interest, si conductor id nescíverit, *Christ. d. n. 7.* Quod si conductor prohibeat dominum reficere, tenetur interdicto Uti possideris. *L. 3. §. 3. Uti possid.* qui textus non restringendus est ad refectionem non necessariam, quod vult *Harpr. d. l.* sed uti jacet generaliter intelligendus: semper enim conductor, si dominum reficere prohibet, ejus possessionem turbat, *d. l. 3. §. 2.* modo dominus testetur, se id facere possidendi non turbandæ habitationis gratia, *d. l. 3. §. 3.* Alia autem quæstio est, quando interim deserere habitationem conductor debeat, quæ confundere videtur *Harpr. d. l.*

Tertia species est, si conductor male in re conducta versetur, *d. l. 3.* incumbit enim conductori usus tantum salva substantia. Ergo uti debet, non abuti; sed, siquidem damnum tantum reparabile datum est, tenetur ex levi culpa ad ejus reparationem, salvo contractu, ut constat, *L. 5. §. 2. Commod.* quod si vero male verseur, ita ut perpetuam substantiæ deteriorationem inducat, revocari locatio potest, etiamsi alia parte rem meliorem effecisset, *Christin. d. Dec. 115. n. 8. & 10. Trentacinq. d. Tit. n. 10.* neque improbandum est, quod *D. Lauterb. d. l.* huc etiam abusum moralem refert, uti si maleficos, meretrices &c. domo recipiat, lupanaria exerceat &c.

Quarta species est, si pensionem non solverit, *arg. d. L. 3. pr.* sed distractæ sunt Dd. sententiæ de tempore, quo locatio, ob moram solvendæ pensionis, revocari potest. Qua in re admittenda est communior sententia, ut revocari locatio possit, si biennio pensionem non solverit. *L. 54. §. 1. L. 50. loc. cond. arg. L. 2. C. de jur. Emph. Auth. Qui rem C. de SS. Eccles. Tulden. C. de loc. cond. n. 12. Trentac. de resc. n. 11. Dn. Brunnem. in d. L. 3. n. 11.* nam nec longior mora indulgeri potest conductori temporario quam perpetuo seu Emphyteutæ; nec brevius tempus sufficit, quia non est in mora conductor, nisi anno jam lapso, adeoque alter annus, qui jam cœpit, ipsi indulgendus est. *dd. ll.* Putant quidem alii, statim primo anno lapso expelli posse, *arg. L. 10. de Publican.* eo, quod res pendeat a mora, quæ primi anni lapsu commissa jam est; & textum *in d. L. 2. & d. Auth. Qui rem de Emphyteusi, in d. l. 54. §. 1.* de casu, quo pactum de non expellendo adjectum; *in d. l. 56.* de casu absentiæ loqui, vid. *Tulden. d. l. Petr. Castal. ad d. L. 56. Trentac. de resc. 4. n. 11.* Verum nec solius moræ effectus est privatio rei: Et ex Emphyteusi non minus accurate canon debe-

debetur, quam ex locatione pensio; adeoque hactenus eadem ratio est. Nec pactum de non expellendo ante terminum locationis singulariter aliquid operatur, cum ipso jure insit. Conf. §. *seq.* Nec absentia excusat, nisi sit necessaria, vel publica, quo casu restitutio datur ex Edicto, *ex quib. caus. maj.* Quod autem in *d. L. 10. de Publican.* dicitur, speciale est in Publicanis.

QV. XIX. *An superveniens locatoris indigentia sit justa a locatione recedendi causa, licet scholaris domum conduxisset?*

AFFIRM. Quia textus in *l. 3. C. h.* generalis est.

OBJ. *auth. hab. C. ne filius pro.* Ubi studiosus secure debet habitare.

RESP. Explicatur hoc in sequentibus, securitas enim in eo consistit, ut speciali sanctione ab injuriis defendatur; non autem inferre videtur injuriam, qui ex propria necessitate domum sibi vindicat.

Laut. pag. 376. verb. licet scholaris &c.

QV. XX. *An locationi stare debeat hæres?*

AFFIRM. *L. 10. C. h.* ibi: *etiam ad hæredes*, & mox: *hæredi quoque*: Idque verum est de hærede tum locatoris, tum conductoris, ut æque invicem teneantur, atque defuncti, quorum factum præstant, *d. l. 10.* Quia hæres succedit in omne jus defuncti.

Laut. pag. 378. verb. Alias enim & regulariter &c.

EXC. Si jus ipsum personæ cohæreat, ut ususfructus, qui morte fructuarii finitur, §. 3. *Inst. de Usufr.* vel, si ita pacti sunt, ut si dictum, *quamdiu voles*, voluntas enim morte definit.

OBJ. *L. 60. §. 1. h.* ibi: *hæres coloni quamvis colonus non sit, domino possidet.*

RESP. Hæc verba non sunt assertiva, sed ampliativa, quod teneatur nomine domini, etiam tunc, cum colonus non est, adeoque non ibi quæritur, an conductio finiatur morte, sed an hæres conductoris possideat domino an sibi? & respondet JCtus, eum semper possidere domino, sive colonus sit, sive non.

QV. XXI. *An locatio a fiduciario facta fideicommissarium obliget?*

NEGATUR: Quia fideicommissarius est successor singularis respectu fiduciarii, cujus factum non præstat.

Laut. pag. 378. verb. Locatio tamen &c.

OBJ. *L. 5. §. 1. Quod cum eo. L. 44. §. 1. ad SC. Treb.* junct. *L. 10. C. h.* ubi instar hæredis est.

RESP. Intuitu defuncti, non fiduciarii, *L. 41. §. 3. Vulg. Subst.* ibi: *patris hæreditatem restituere*, *L. 76. §. 1. leg. 2.* ibi: *ac si nominatim ei qui postea electus est.*

QV. XXII. *An emtor expellere instituta actione possit conductorem?*

Laut. pag. 379. verb.

AFFIRM. (1) Quia emtor jus in re habet, conductor vero saltem jus in personam, unde (2) ille tanquam dominus rem vindicare, eoque expellere

(1) Emtor.

lere hunc poteſt, & hic (3) contra perſonam ſui locatoris ſalvam habet actionem conducti ad id ut præſtet uti licere. Idque (4) ita in praxi receptum eſt, uti teſtantur præjudicia ab autore allegata: Nota eſt erudita contentio duorum celeberrimorum virorum *Zaunſchlifferi* & *Zollii* circa hanc quæſtionem & ſcripta de illa edita legi merentur.

At aliud eſt (1) re a fiſco vendita, tunc enim hoc ipſum in emendo convenisse videtur, ut penſio acquiratur emtori, *L. f. ff. Jur. fiſci.* ubi additur ratio, *ne fiſcus colono teneretur, quod ei frui non licuiſſet:* (2) Si conductor ſimul hypothecam in fundo habeat: Vide *Goth. ad L. 9. C. h. Mull. ad Struv. Ex. 45. th. 103. lit. v.* (3) Si venditor ſimpliciter dixit, rem alteri locatam, & tempus locationis nondum elapſum eſſe; nam tunc emtor videtur conſenſiſſe in locationem, adeoque ei ſtare tenetur, quia quodvis pactum, & conſenſus ſufficit, *L. 9. C. h.* junct. *l. 7. pr. L. 8. ſ. 15. Q. m. p. S.* Nec dici poteſt, quod jus ſuum ſalvum ſciverit, quia nulla ratio dari poſſet, cur venditor locationem expreſſiſſet, niſi ideo id factum eſſet, ne ea ipſe teneretur, ſi emtor ei ſtare nollet: Atque ita quoque ſentiunt *Tuld. C. h. n. f. Surd. dec. 225.* ubi fluctuat, *264. n. 8. & dec. 265.* Equidem emtor directo inde colono non tenetur, ſed ſoli venditori ad id quod intereſt, quia non illi ſed huic conſentit; at forte exceptio doli opponi poterit a colono emtori, quod contra pactum veniat.

Unde idem eſſe videtur, ſi vendita ſit res cum pacto de retrovendendo, quia venditor dominium transfert in emtorem, eoque facultatem locandi ei concedit; *Surd. dec. 264. n. 10.* de quo tamen merito dubito, per ea quæ traduntur *q. 23.*

Obj. (1) Quod in dubiis interpretatio pacti fieri debeat contra venditorem. *L. 39. pact.*

Resp. (1) Venditor clare dixit, ſed emtor obſcurum fecit tacendo. (2) Non eſt pactum dubium, ſed ex regulis juris certum & clarum.

Obj. (2) *arg. l. 8. §. 15. Quib. mod. pign. ſolv.*

Resp. Ibi loquitur de nuda ſcientia, quæ non ſufficit ad id, ut emtor locationi ſtare teneatur, quia ſcivit jus ſibi ſalvum eſſe, quo caſu ſilentium ipſi non nocet.

Atque ita quoque rem decidit *Barboſ. ad d. l. 9. n. 22.* Neque unum præjudicium apud *Chriſtinaum* allegatum contrariam praxin probat.

Qu. XXIII. *An ceſſet regula,* Kauff geht vor Miethe, *ſi locator conductori juravit, ſe contractum ſervaturum?*

Laut. pag. 379. verb aut locator conductori &c.

Negatur: Nam ex jurejurando venditoris emtor non tenetur, cum ſit obligatio perſonæ. Si proinde venditor de locatione nihil dixit, conductor juramentum contra emtorem allegare nequit, ſed contra ſolum venditorem agit ad id quod intereſt, & ille tanquam perjurus puniendus eſt. Equidem in praxi aliud

aliud obtinere ait *Lauterbach. pag. 79.* ſed id non probat, in dubio inſiſtendum rationi juris civilis.

Qv. XXIV. *An mulier rem dotalem, a marito locatam, poſſit recipere & expellere conductorem?*

RESP. Vera eſt ſententia autoris, quod in re dotali locata mulier ſoluto matrimonio expellere conductorem poſſit, quia ceſſante jure conſtituentis, ceſſat quoque jus conſtitutum: Non tamen, ut in cæteris locationibus, impune, quia tenetur maritum locantem indemnem præſtare, idque cavere, ſi conveniatur a colono, *L. 25. ſ. f. ſol. matr. Laut. h.*

Laut. pag. 380. verb. (9) Mulier rem dotalem &c.

OBJ. Cur in paraphernalibus ſecus?

RESP Quia ibi nomine uxoris & tanquam ejus legitimus curator contraxit; hic ergo locatio valet non ex jure & conſenſu mariti, ſed uxoris; ſecus in re dotali, ubi ſuo nomine, & ſuo jure contrahit, tanquam dominus civilis, indeque finito jure dominii exſtinguitur quoque jus ſolo ejus conſenſu conſtitutum: Vid. *ſupr. q. 15.*

Qv. XXV. *Cur neceſſarius ſucceſſor conductorem expellere non poſſit?*

RESP. Putat Autor hoc ideo eſſe, quia ex perſona & jure prædeceſſoris ſuccedit, ſed male: Vera ratio hæc eſt, quia neceſſarius ſucceſſor jus ſuum non a domino, ſed magiſtratu accepit, qui non poteſt plus juris transferre, quam ipſe habet. *L. 8. ſ. 1. reb. aut. jud. poſſid.*

Laut. pag. 380. verb. nec alius neceſſarius &c.

Qv. XXVI. *Si præter locatoris voluntatem res in ſingularem poſſeſſorem translata ſit ex juris neceſſitate, an locator tunc demum, ſi ignoranti conductori qualitatem celaverit, ad intereſſe teneatur?*

AFFIRM. *L. 9. ſ. 1.* ibi: *heredem ejus non teneri ut frui præſtet*, & mox, *videlicet tenebitur, decepit enim conductorem. ff. h. t.* Nam ad id quod intereſt non aliter tenetur quam propter dolum.

Laut. pag. 380. verb. Sin vero præter.

OBJ. *L. 25. ſ. f. ſol. matr.* Ubi maritus a conductore fundi dotalis ad intereſſe conveniri poteſt, & ideo marito cavet uxor de indemnitate.

RESP. Supponendi ibi ſunt termini habiles, ſi ſcil. maritus colono qualitatem fundi celavit. *Dn. Berger. h. t. q. 10.* Nam hoc ipſum prius dignoſcitur, an celaverit, an non; adeoque an adhuc præter unius anni locationem maritus damnandus ſit, an non, *d. l. 25.*

Qv. XXVII. *Quando locator operæ præſtitiſſe videatur operam promiſſam?*

RESP. Si per eum non ſtat, quo minus præſtet, *L. 38. pr. h. L. 24. ff. Cond. & dem. ibique Goth.* Nam quoties de facto implendo agitur, ſufficit paratum eum eſſe, qui facere debet, etſi forte caſu impediatur. Atque hæc regula

Laut. pag. 381. verb. Operarum ad operas &c.

gula ita traditur in *L. 39. R. J.* eaque late explicata est *supr. L. 12, tit. 4. q. 6. & 7.*

Duplex hujus rei effectus est: (1.) Quod conductor non agat ex conducto contra locatorem ad id quod interest, operam præstitam non esse: nam culpam locator non commisit, casum vero non præstat; idque ita diserte traditur in *L. f. §. 1. ff. ad L. Rhod.* adeo ut nec ad pœnam stipulatam teneatur, *ibid.*

Idque verum est, licet causa impedimenti sit in ipso locatore, forte quod nauta ob valetudinem vehere impediatur, vel navis ejus casu vitium fecerit, *d. l. f.* nam nec tum ad interesse teneri poterit, quia per eum non stat, nihilque ei imputari potest. *d. l. fin.*

(2) Quod locator integram mercedem petere possit. *L. 38. pr. & §. 1. h.* Sane iniquissimum esset, si ille qui toto tempore, quo opera præstari potuit, paratus fuit, quippe forte alias occasiones neglexit, nihil vel parum mercedis accipere deberet.

Idque extra dubium est, si ipse conductor sit in causa quo minus placitis stetur, *L. 24. ff. Cond. & dem. L. 2. Cond. caus. dat.* Uti si navis onerata ex commisso tanto tempore retineatur, nam tunc nauta integram petit mercedem. *L. p. §. 1. h.* Atque hinc famulus quoque, qui ob sævitiam domini aufugit, integram anni mercedem accipit, *Laut. pag. 382.* Sed & porro integram accipit mercedem si ægrotat, vel intra annum mortuus est, vide *q. 8.*

Idem quoque obtinet, si merces propter officium datur; nam tunc, licet ille, qui operam præstare debet, nihil agat, tamen si paratus sit, non pro opera, sed pro illo officio totum honorarium accipit; inprimis cum causa hæc sit individua, & non pro hujus vel illius diei opera, sed pro officio merces debeatur. Unde id, quod advocato pro patrocinio datum est, non potest repeti, si per eum non stetit quo minus operam præstet, *L. 38. §. 1. h. L. 1. §. 13. de Extr. cogn.* Sed & porro legato Cæsaris mortuo ejus comitibus totius anni salarium debetur. *L. 19. §. f. h. L. 4. de offic. Assess.*

Exc. (1) Si locator ejusdem temporis mercedem aliunde accepit, quia tunc nihil ei abest, *d. l. 19. §. p. & §. f. L. 4. de off. ass. Laut. pag 382.*

Exc. (2) Si per contractum innominatum opera promissa sit, v. g. Si alicui do 100. ut me navi sua Capuam vehat: si jam nauta vel impediatur, vel navis casu pereat, possum repetere datum, quia scil. in contractibus innominatis, licet per eum non stet, pœnitentiæ locus est, uti in terminis hoc ita traditur in *L. 5. pr. Cond. caus. dat.* Atque hic est casus Legis 15. § 6. *h. cum quidam nave amissa vecturam quam pro mutua dederat repeteret rescriptum est &c. non immerito procuratorem Cæsaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit.* Tota hæc ratio cessat in contractibus nominatis & in locatione, ubi pœnitentiæ locus non est, neque is, qui operas conduxit, & certam mercedem stipu-

ſtipulatus eſt, eam revocare poteſt, ſed ſi alter paratus ſit operas præſtare, vel per eum non ſtet quo minus præſtet, omnino ad mercedem agere poterit.

QV. XXVIII. *Si locator operæ impediatur citra ſuam culpam, an merces tantum pro rata debeatur?*

NEGATUR: Sed integra, vid. *quæſt. præced.* inprimis ſi culpa ipſius conductoris opera præſtari non poſſit, ut in caſu *L. p. §. 1. h.*

Laut. pag. 381. verb. Sic merces pro rata &c.

OBJ. *L. 15. §. 6. h.*

RESP. Loquitur de contractu innominato, ubi pœnitere licet, etiamſi per eum, qui operas præſtare debet, non ſtet, *l. 5. pr. Cond. cauſ. dat.*

QV. XXIX. *Si famuli ægrotent, vel moriantur, an tota ipſis merces debeatur?*

NEGATUR: Sed pro rata temporis ſaltem merces debetur; nam ea non eſt promiſſa niſi pro opera, quæ integra præſtita non eſt: Et cum conductor operæ, mortuis famulis, aliorum famulorum opera uti, iisque mercedem dare debeat, non video cur mortui famuli hæredibus integram mercedem præſtare, eoque liberales inviti eſſe debeant. Idque diſerte traditur in *l. 4. ff. off. aſſeſſ.* ubi legatus, qui ſucceſſorem ante tempus accepit, integram mercedem comitibus non præſtat.

Laut. ibid. verb. Si e. gr. dominus famulum &c.

EXC. (1) Si per ipſum conductorem operæ ſtet, quo minus ea præſtari poſſit, uti ſi ipſe mortuus eſt, *l. 19. §. 9. & 10. h. d. l. 4. pr.* Vid. *Obj. 3.* (2) Si merces ſoluta jam eſt, tunc enim repeti nequit, *l. 18. §. 1. h.* Vid. *Obj. 2.* (3) in caſu *l. 4. §. 5. ſtat. lib.* ob favorem libertatis. Vid. *Obj. 1.*

OBSTAT (1) *L. 4. §. 5. ſtat. lib.* ubi etiam ſervire intelliguntur ægri, qui cupientes ſervire propter adverſam valetudinem impediuntur.

RESP. Agitur ibi de ſervo, cui libertas legata eſt ſub conditione, ſi anno hæredi ſervierit, & de eo dicitur, quod poſt annum liber ſit, etſi interim ægrotus fuerit: quod in favore libertatis inſito ita conſtitutum eſt; aliud vero eſt in libero homine, qui operam pro mercede locat, nec eam præſtat, is enim revera non ſervit, adeoque nec mercedem promiſſam petere poteſt.

OBST. (2) *L. 38. §. 1. h. l. 1. §. 13. de extr. cogn.* ubi ſoluta merces ab advocati mortui hæredibus repeti non poteſt.

RESP. Alia quæſtio eſt, an conductor operæ ſolutam mercedem repetere, alia, an locator operæ nondum ſolutam inſtituta actione petere poſſit: *Prius* negatur, quia merces *Conductoribus* noſtra voluntate ſemel in locatorem operæ translata eſt: adeoque ejus condictio non datur: *Poſterius* itidem negatur, quia merces eſt æſtimatio operæ præſtitæ, adeoque non debetur, ubi opera præſtita non eſt.

OBST. (3) *L. 19. §. 9. & 10. h.* Ubi conductore operæ mortuo locatores integram mercedem petere poſſunt.

RESP. Opera ibi ad certum tempus & ad certum actum locata & conducta est, & conductoris obitus in causa est, quo minus opera præstari possit; hic igitur per conductorem ipsum stat, quo minus opera præstetur, & ratio illa iniquitatis hic cessat, quod conductor duplicem mercedem præstare teneretur. Nam in ipsius arbitrio positum est opera locatorum uti, illi enim parati sunt: E contrario summa foret iniquitas, si locatores operæ, qui parati sunt eam præstare, & forte aliam occasionem elocandi operam neglexerunt, absque culpa sua mercede promissa carere deberent. Hinc legibus simul cautum est, ut si locator intra tempus illud alteri operas locavit & tantundem mercedis accepit, merces integra non debeatur, *l. 19. §. 9. & 10. h.*

QV. XXX. *Qualem locator operæ præstet culpam? & an casum quoque præstet?*

Laut. pag. 382. verb. Si casus contingit &c.

RESP. Locator præstat culpam levissimam, quia profitetur peritiam, *L. 9. §. pr. h. L. 8. ad L. Aquil.*

OBJ. Quod sit utriusque utilitas, ubi præstatur levis, *L. 5. §. 2. Commod.*

RESP. Aliud est; si quis peritiam profitetur, *d. l. 9.*

Casum autem præstat *locator* ex *vitio operæ*, cujus autor est, hoc enim huic potius quam conductori imputari debet, *l. 51. §. 1. L. 5. h.* Excipe nisi conductor hunc casum receperit, tunc enim ex pacto tenetur, *l. 13. §. 5. h.* (nisi in singulas operas merces sit constituta: & quidem ideo, ut opus arbitrio domini fieret, tunc enim nihil conductor, sive opifex, de bonitate operis præstare domino videtur, *L. 51. §. 1. h.*) *Conductor* autem eum præstat, qui ex *vitio rei* oritur, ut si ædificium positum sit in solo arenoso, jam enim nihil imputari potest locatori, *dd. ll.*

Quid vero de *casu*, qui nec ex *vitio operæ*, nec ex *vitio rei*, sed *vi majori* contingit, dicendum: quis hunc præstabit?

RESP. Locator operæ, seu artifex: Quamdiu scil. opus nondum est perfectum, forte quod probandum, admetiendum &c. adhuc sit: per text. expr. in *L. 36. & 38. h. L. 51. §. 1. h.* (Ubi notandum, quod conductor operis idem sit qui locator operæ.)

EXC. (1) Si æque res peritura apud conductorem operæ fuisset: Atque hic est sensus *d. l. 36.* vers. *Si tamen vi &c.* quem non tantum evincit ratio in *d. l. 36.* addita, *quia conductor operæ non plus consequi debet quam quod sua cura & opera consecutus fuisset*, (at si omnem curam omnemque operam adhibuisset, nihilominus res periisset): sed & clare id confirmatur in *l. 59. h.* (2) Si locator in mora sit tradendi, *d. l. 36. l. 17. per. & com.* quia moræ effectus est transmissio periculi.

Qv. XXXI. *An traditione rei locatæ dominium vel jus in re transferatur?*

NEGATUR. Quia locatio non eſt titulus dominii translativus.

Laut.pag. 382. verb. Per quod &c.

OBJ. *L. 22. §. 2. h.*

RESP. Ibi dominium ædium transfertur non ex locatione, ſed ædificatione.

OBJ. *L. 31. h.* Ubi ſi argentum puſulatum fabro datur, ut vaſa fierent, dominium in conductorem operæ transfertur & fieri creditum dicitur.

RESP. Transfertur dominium ex pacto locationi adjecto, non ergo ex natura locationis: Sæpius enim dictum eſt, pacta adjecta contractibus bonæ fidei producere actionem ex ipſo contractu.

NOT. Mentio in *d. l.* fit actionis *oneris averſi*, ſive amoti: onus hic eſt quod navi impoſitum eſt, ſi id amovebatur, actio dabatur: Quæ actiones ſublatæ ſunt, ex quo pacta adjecta producunt actionem ex ipſo contractu.

Qv. XXXII. *An in locatione vera poſſeſſio transferatur?*

NEGATUR: Hæc enim eſt quando quis animo ſibi habendi tenet; colonus autem non ſuo ſed locatoris nomine poſſidet. *alleg. text. d. l. 60. §. 1. l. 32. §. 1. A. P.*

Laut.pag. 383. verb. Neque vera poſſesſio &c.

OBJ. *L. 15. §. 1. h.* ibi: *forte quia poſſeſſio.*

RESP. Coloni quidem dicitur poſſeſſio, at non vera, ſed quæ alieno nomine tenetur.

Qv. XXXIII. *An, ſi caſus contingat, colonus eum præſtet, licet omnes fructus ſint exſtinctæ.*

AFFIRM. Si caſus eveniat ex intrinſeca rei qualitate, *arg. l. 15. §. 2. h.* ibi: *hæc damno coloni eſſe:* Nam dominus non aliter locat rem quam uti eſt: At ſecus in periculo extrinſeco; quod ex cauſa extrinſeca oritur, v. gr. ex intempeſtate cœli, nimio cœli favore &c. de quo eſt *L. Obſt. 15. §. 2. h.* hunc enim caſum præſtat locator.

Laut.pag. 384. verb. (2) Contingat forinſecus &c.

Qv. XXXIV. *An fructus pereant colono quamprimum ab eo ſeparati ſunt?*

AFFIRM. Nam *vel ipſe* ſeparavit, & tunc deſinunt eſſe pars rei, indeque locatori perire non poſſunt, ſed incipiunt eſſe ſub cuſtodia coloni, adeoque & ſub ejus periculo; *vel alius* ſeparavit, quo caſu colonus actionem quidem habet contra locatorem, at ſi fructus perierunt, debitor liberatur rei interitu.

Laut.pag. 384. verb. Quamprimum a colono &c.

Sunt quidam Doctores, qui putant tum demum perire fructus colono, ſi in horreis contulit, propter *L. 13. Quib. mod. Uſusfr.*

RESP. Imo tantum ibi dicitur quod ſeparati eſſe debeant facto locatoris, vel ejus nomine.

Qv. XXXV. *An ob contingentem majorem ubertatem pensio ab initio conventa augeri possit?*

Laut.pag. 386. verb. *Non etiam ut contingentem &c.*

NEGATUR *L. 25. §. 6. h.* Quia aliter pacti sunt.

OBJ. *L. 5. C. alluv.*

RESP. Non loquitur de augmento fructuum, sed alluvionis; ob hanc novam terræ accessionem etiam nova pensio debetur.

Qv. XXXVI. *An conductor solvat tributa & alia onera rei?*

Laut.pag. 387. verb. *Tributorum & collectarum &c.*

AFFIRM. Quia rei inhærent. *l. 13. Imp. in res dot. L. 2. C. annon. & trib.*

OBJ. Quod fiscus sequi soleat possessorem. *L. 7. publ. & vect. L. 32. §. 6. adm. tut.*

RESP. Jus ita est, ut conductor conveniatur de tributis, quæ ex re, quam ille tenet, solvuntur, sed is actione conducti potest reconvenire locatorem, vel in mercedem ei imputare id quod solvit; adeoque effectu locator tenetur, *Laut. p. 387. in f.* quantopere hic Dd. fluctuent vide apud *Dn. Berg. h. q. 17.*

Qv. XXXVII. *An regulariter merces in locatione conductione debeatur demum finito usu?*

Laut.pag. 389. verb. *de quo si nihil constet.*

AFFIRM. Per textus autoris: nam repellitur exceptione doli, qui mercedem petit & usum nondum præstitit, præstatur autem usus non nisi finito anno.

OBJ. *L. placuit. 4. C. de collat. fund. patr.* ibi: *quo voluerint tempore.*

RESP. Loquitur de conductoribus fundorum publicorum, qui pensiones suas tribus vicibus solvere tenentur, tum ut major sit securitas fisci, tum ut magis subleventur possessores, *Dn. Berger. h. q. 18.*

Qv. XXXVIII. *An locator finita locatione conductorem propria autoritate expellere possit?*

Laut.pag. 389. verb. (2) *ad hoc &c.*

NEGATUR per ea quæ supra *ad q. 16.* dixi. Conf. *L. 18. ff. Vi arm. L. p. C. h. t.*

Equidem finita locatione locator ingredi proprium fundum potest, invito quoque conductore. *L. 31. L. p. C. h. Gomez. p. 2. c. 3. n. 5.* Ubi id ita in foro receptum ait: Et conductor si impedit locatorem, pro turbatore habetur, *L. p. C. h.* Nullum enim jus in re conductor habet, quin nec possessionem, quod adeo verum est, ut si colonus dejiciatur, de spolio agere non possit, quia nullo modo possidet. *L. 1. §. 10. & 22. vi arm.* sed dejectus intelligitur ipse locator, eique interdicta dantur, *L. 18. Eod.* quæ proinde non obstat.

EXCIPIUNTUR quidam casus, ubi conductor jure resistit locatori, uti (1) si eum tanquam colonum impediat, locatione forte nondum finita. (2) Si jure

jure retentionis utitur ob meliorationes &c. de quo *ſupr. q. 36.* (3) Si locator vendit, & emtor conductorem, qui hypothecam habet, ejicere velit, vide *quæſt. 22.*

Qv. XXXIX. *An conductores prætextu meliorationum, impenſarum &c. elapſo termino vel finita locatione, mercedem vel rem conductam retinere poſſint?*

Solent conductores moroſi prætextu meliorationum, impenſarum, non adimpleti contractus &c. non tantum negare ſolutionem mercedis termino elapſo, ſed & finita locatione ſub eodem obtentu rem conductam retinere: Hinc jam lites de ſolvenda penſione vel expellendo creditore oriri ſolent.

Equidem certum eſt, neutro caſu conductorem propria autoritate expelli a locatore poſſe, etſi contractu id comprehenſum ſit, ſed cauſa cognita demum res a judice decidi debet. Vid. *q. præc.* Quid vero in ſingulis caſibus juris ſit jam videbimus.

Si Elapso Termino conductor penſionem non ſolvit, judex ante cognitionem cauſæ expellere conductorem nequit, etſi cautionem offerat & præſtet locator. *Mev. p. 2. §. 33.*

Si cauſa cognita appareat impenſas &c. *liquidas* eſſe, vel pro parte vel in totum, eatenus compenſatio fit cum mercede, adeoque ſolvere conductor eam non tenetur, nedum expelli poterit. *Mev. p. 2. dec. 89.* Si jus conductoris *illiquidum* declaratur, tunc ſolvere mercedem tenetur: adeo ut nec appellatio admittatur. Ubi tamen diſtinguendum eſt, *an* exceptiones conductoris plane per ſententiam rejectæ, *an* vero tanquam altioris indaginis ad ſeparatum judicium remiſſæ ſint. *Priori* caſu appellatio admittitur, at ſi judex id arbitretur, tantum quoad effectum devolutivum. *Mev. p. 4. dec. 244.* *Poſteriori* caſu plane rejicitur, quia ſententia eſt mere proviſionalis, *d. dec. 244. n. 10.* Si conductor condemnatus pendente lite mercedem non ſolvit, expelli poteſt.

Si Finita Locatione conductor prætextu meliorationum, impenſarum &c. rei conductæ inſiſtit, nec eam domino reſtituere velit, certum eſt, locatorem expellere privata autoritate conductorem non poſſe, ſed decretis & mandatis defendendum hunc eſſe, donec ſuper iis cauſa cognoſcitur & ſtatuitur. *Mev. p. 3. dec. 43.*

Effectus autem hujus juris retentionis non in eo conſiſtit, ut locatorem ab ingreſſu & cultu terræ prohibere poſſit, ſed ut vel detrahat impenſas, vel a debita mercede deducat, vel inſtituta actione conducti eas petat. *Mev. p. 7. dec. 148.*

Idque multo magis verum eſt, ſi locator offerat cautionem, *Mev. p. 2. dec. 33. n. 2.* vel ſi impenſæ ſunt illiquidæ. *Mev. dec. 148. n. 15.* vel ſi conductor

ctor justo tempore illas liquidas reddere & petere cessaverit, ac tunc demum cum abire debuit, molestias creat. *ibid.*

Si tamen impensæ *liquidæ* sunt, & judex eas tales declarat, insistere conductor rei, salva cæterum administratione locatoris, potest, nec cedere tenetur, nisi satisfactum ei sit. Si vero locator forte Appellans, contendit salvum non esse regressum, deponendo pecuniam liberatur, & conductor cedere possessione tenetur, nec pecuniam illam, nisi præstita cautione, recipit, idque usu observari solet.

QV. XL. *An conductor propter aliud debitum, quod ex causa locati conducti non oritur, rem conductam retinere possit?*

NEG. Etsi liquidum sit; (1) per textum expressum in *L. f. C. commod.* ubi commodatarius prætextu debiti rem alienam retinere nequit, eadem autem ratio est in locatione; (2) quia nemo retinere potest nisi is qui possidet, *L. 29. §.* ibi: *Quam rem si possideret retinere potuerit ff. Evict. L. 14. ff. dol. Exc.* At conductor non possidet nisi nomine locatoris, indeque non possessionem habet, sed custodiam rerum, & observationem, *arg. l. 3. §. f. A. P.* & ille dicitur possidere, cujus nomine possidetur, procurator autem alienæ possessionis præstat ministerium, *L. 18. pr. A. P.* Ergo nec conductori retentio possessionis quam non habet indulgeri potest, *Mev. p. 7. dec. 184. & p. 2. dec. 33. n. 3.* (3) quia conductori finita locatione nullum jus ex contractu superest. *Mev. p. 7. dec. 148. n. 2.* Indeque nullo obtentu locatori restitutionem rei negare voluit jurisprudentia, *L. 25. L. 32. L. 34. C. Loc. Mev. d. dec. 148. n. 12.* & restituere detrectans habetur pro invasore rei alienæ, *L. 34. C. Loc. Cond.* adeo ut nec quæstionem dominii locatori referre conductor possit, sed prius possessionem restituere debeat. *Laut. Comp. p. 390. Mev. p. 7. dec. 148. & p. 2. d. 33. n. 3.* Atque hinc conductori retentio rei conductæ propter aliud debitum denegata fuit in causa Spreggel contra Thielen Kinder d. 27. Januar. An. 1707.

QV. XLI. *An conductor finita locatione locatori rem locatam repetenti referre possit quæstionem dominii?*

Laut. pag. 390. verb. Sed possessionem prius restituere debet.

NEGATUR, per textum expressum in *l. 25. C. Loc. Cond.* Neque petere potest, ut in summariissimo defendatur, quia conductor revera non possidet, sed naturaliter saltem, unde detentor saltem rei alienæ dicitur, *l. 7. §. 1. ff. Comm. div. l. 6. §. 1. ff. de Precar. l. 2. §. 1. pro hær. l. 77. ff. Rei vind. §. 5. Inst. de interd. l. 9. ff. Rei vind.* Illi autem qui alieno nomine possident, interdicto retinendæ nec contra tertium agere possunt, nedum contra locatorem, *l. 3. §. 8. ff. Uti possid. ibique Goth. Vinn. tit. de interd. §. 5.* Neque ullus effectus possessionis conductori tribuitur, non enim usucapit, *l. 2. §. 1. pro hær. l. 1. C. Comm. de Usuc. l. 31. §. 3. Usurp.* nec præscriptione acquirit, *L. 2. C. de præscr. 30. an.* Atque hinc conductorem nullo remedio possessorio contra loca-

locatorem uti posse communiter tradunt Doctores, *Cyn. ad l. 25. C. locat. n. 1. & 2. Cuj. ad Cod. ibid. Bronchorst. ant. cent. 4. ass. 24. M. Pist. Vol. 1. Cons. 48. q. 1. n. 14.*

Atque ex his rationibus conductor allegans summariissimum contra locatorem in Curia Halberstadiensi causa cecidit: in causa Schulenburg c. die Müllerischen Erben, & in causa Biedeman contra Stuven.

Idem quoque est, si non ipse dominus, sed qui ab eo causam habet (v. gr. creditor Antichreticus) finita locatione agat ad rem locatam restituendam; Modo (1) de locatione & (2) de jure creditoris antichretici constet: Atque hinc cum ejusmodi creditor jure locatoris rem locatam recipere vellet, possessor autem negaret se rem jure locati possidere, hic, donec de jure locationis constaret, in possessione mansit, idque duabus instantiis probarunt Domini Halberstadienses in Causa Banse c. Holtzapfel.

Qv. XLII. *Qualem culpam præstet locator?*

Laut. pag. 390. verb. vel levi conductoris culpa &c.

Resp. Levem, quia utriusque est utilitas, hinc culpa hic quoque simpliciter præstatur, *L. 5. § 2. commod. L. 33 in f. h. arg. L. 3. §. 1. naut. caup.*

Obj. (1) *L. 28. C. h.* Ubi custodiam præstat.

Resp. Voce custodiæ intelligitur ille gradus, qui ex natura negotii definitus est, adeoque media.

Obj. (2) *§. p. J. h.* ibi: *qualem diligentissimus quisque &c.*

Resp. Hoc singulare est in his rebus, scil. vestimentorum aut jumenti, quæ singularem curam & exactiorem diligentiam requirunt.

Obj. (3) *L. 25. ff. p. h.*

Resp. Loquitur de locatione operæ, ubi levissima præstatur. Vid. *supra q. 30.*

Obj. (4) *L. 14. ff. 16. furt. L. 25. §. p. L. 13. §. 6. h. l. 13. §. 7. de liberal. causa.* Ubi periculum ad locatorem pertinere dicitur.

Resp. Periculum est omnis actus quo res perit, ut vero res pereat, non tantum fieri potest per casum fortuitum, sed & culpa. Uti si non adhibet mediam diligentiam, hujus ergo periculum ad eum pertinet.

Qv. XLIII. *An conductor quoque præstet culpam suorum domesticorum?*

Laut. pag. 390. verb. Culpam famulorum &c.

Resp. Non aliter quam si male elegit, tum enim est quod ipsi imputari potest.

Obj. (1) *L. p. l. f. Naut. caup.* Ubi dominus tenetur ex facto eorum quorum opera utitur.

Resp. Agitur ibi de eo, qui publice profitetur securitatem: is ergo actione ex quasi delicto, & mala electione. Vid. *supr. L. 4. t. 9. q. 5. & 6.*

Obj. (2) *L. 30. §. 4. h.*

Resp.

RESP. Ibi conductor hoc recepit ex speciali pacto adjecto quod servandum est.

DE CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

Qv. I. *Quænam sit origo contractuum innominatorum?*

Laut. pag. 392. verb. Contractus innominati sunt &c.

RESP. Origo contractuum innominatorum apparet ex iis, quæ dixi supra *tit. de Pact. q. 9.* Latius enim ibi explicavi omnem obligationem oriri ex Synallagmate, seu commutatione jurium: adeo ut eo momento, quo apparet jus in alterum translatum, obligatio incipiat: Hic autem animus transferendi juris *vel* ex certis nominibus, a Gentibus ad id introductis apparet, *l. 7. pr. & §. seq. Pact. L. 1. §. 1. de permut.* quod fit in omnibus contractibus nominatis; *vel* ex ipso facto, quo jus in alterum transfertur: Ibi ergo non opus fuit certum nomen exprimere, cum ex ipsa datione &c. animus transferendi juris, sive Synallagma appareat; indeque hi contractus innominati vocantur, *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de P. V.*

Qv. II. *An contractus innominati requirant unius partis actualem præstationem?*

Laut. pag. 392. verb. Requirunt unius partis &c.

AFFIRMATUR: Nam hic non est alius modus cognoscendi Synallagma, sive animum transferendi juris, nisi ex facto. Vide *quæst. præced.* Idque merito praxi receptum testatur Autor *p. 392.*

Effectus est, quod ante actualem hanc præstationem nulla sit obligatio, sed nudi tractatus, ita ut uterque tuto pœnitere possit. Vide *tit. de pact. q. 11.* & infra *tit. de permut. q. 8.*

Qv. III. *An dentur contractus innominati, qui ad nominatos quam proxime accedunt, & certum nomen habent?*

Laut. pag. 392. verb. Et ad nominatos quam &c.

RESP. Verum est dari contractus innominatos, qui nomen habent, uti æstimatorius & permutatio, vide *l. 19. tit. 3. & 4.* at nomen illud non est speciale isti negotio, *l. 1. pr. de æstimat.* neque natura negotii eo exprimitur, neque actio certi nominis inde datur: Sed illa nomina nihil aliud sunt, quam qualitates actionis de præscriptis verbis: Indeque sunt ipsæ actiones de præscriptis verbis cum qualitate æstimatoriæ vel permutationis, de quo plenius *infra tit. 5. q. 1.* Maxime ergo distant hujusmodi contractus innominati a nominatis. Vide *l. 1. pr. de æstimatoria.*

LIB. XIX.

LIB. XIX. TIT. III.

DE ÆSTIMATORIA.

Qv. I. *Quid sit contractus æstimatorius?*

RESP. Contractus æstimatorius est negotium, quo res æstimata v. g. vendenda datur, ut accipiens aut rem ipsam aut ejus pretium restituat. *L. 1. pr. & §. 1. h. L. 5. ff. 1. de Præscr. verb.*

Laut. pag. 392. verb. Contractus æstimatorius &c.

Hoc negotium dubium olim fuit, num sit locatio, num conductio operæ, num mandatum, num emtio venditio: Ideoque non actio inde datur ex contractu, sed ex re gesta, & descriptione negotii, præscriptisque verbis.

Hoc enim solent JCti ita observare, ut si de nomine contractus ambigeretur, conveniret tamen actionem dari, præscriptis verbis actio detur, *L. 1. pr. h. L. 1. & seq. ff. de P. V.* Atque ita si gratuita habitatio conceditur, cum non appareat, an sit precarium commodatum, datur actio præscriptis verbis. *l. 5. pr. præscr. verb. ibique Goth.* Sic & porro, cum olim dubitaretur, qualisnam actio detur, si alicui fundus venditur ea lege, ut oblato pretio quandocunque restitueretur, & per emtorem stet quo minus offerri possit, decisum fuit præscriptis verbis actionem dari, *L. 2. C. pact. int. emt. L. 50. Contr. Emt.* Etsi postea quoque actio venditi accesserit, quia tum per eum non stat satisfecisse conditioni videtur. *dd. ll.* Pariter ergo in hoc contractu æstimatorio dubitabatur, qualenam sit negotium, quia & venditio & locatio & mandatum videri poterat, at cum in quibusdam a singulis his negotiis recedat, merito proprium negotium inde factum, propriaque actio, scilicet præscriptis verbis æstimatoria, inde data est, *L. 1. h. t.*

Forma ergo hujus negotii consistit in datione æstimata rei sub lege ut vendatur, *L. 1. pr. h.* Quo ipso ab omnibus aliis negotiis, ut venditione, locatione operarum, mandato &c. differt. vide *q. 3. & seq.*

Qv. II. *An in contractu æstimatorio transferatur dominium?*

NEGATUR: (1) Quia olim id ipsum dubitatum fuit, num sit venditio, adeoque negotium dominii translativum, & JCtis verior visa fuit sententia, esse diversum a venditione negotium, *L. 1. pr. h.* Inprimis (2) cum magis ad naturam mandati vel locati accedere videatur, quæ non sunt causæ dominii translativæ, *d. l. 1. pr.* Accedit (3) quod neque ex nomine negotii, neque ex facto animus transferendi dominii appareat: Non ex nomine, quia proprium nomen non est: *L. 1. pr. h* ibi: *Quoties enim de nomine contractus alicujus ambigeretur &c.* Conf. *tit. praeced. q. 3.* Neque ex facto dationis, quia non ea est intentio dantis, ut accipiens dominus fiat, sed ut ille demum vendat, adeoque non ut sibi habeat, sed ut ipse in alium transferat. Atque hinc (4) nec periculum in accipientem transfertur, sed ille præstat saltem dolum & culpam, *L. 17. ff. 1.* ibi: *Si quidem ego te venditorem rogavi, meum esse periculum, & mox teneri te hactenus ut dolum & culpam præstes:* Cum ergo periculum sit dantis, eique

Laut. pag. 392. verb. Hinc transfertur dominium &c.

que proinde res pereat, non poteſt videri dominium in accipientem eſſe translatum: translato enim dominio ei res periret tanquam domino, §. 3. *Emt. Vend. L. 12. C. Locat. L. 11. C. Si cert. pet.* Neque (5) ullibi requiritur, ut dominium in hoc negotio transferatur, neque ullibi refertur inter titulos dominii translativos: ſed ſufficit ad ejus naturam, ut res pro certo pretio vendenda detur, quo non inferri dominii translationem jam dictum eſt: Accedit (6) quod ſi dominium transferretur, non liberum eſſet accipienti rem ipſam reſtituere, at hoc adeo fallit, ut rem etiam deterioratam (modo id absque ejus dolo & culpa fiat) reſtituendo liberetur, *L. 1. §. 1. h.* junct. *L. 5. §. 1. Præſcr. verb.* Sed & (7) dans pœnitere ante venditionem, & rem ipſam rei vindicatione repetere poteſt; quia negotium eſt imperfectum, neque jus aliquod in accipientem eſt translatum, indeque deficit ſynallagma, ſive cauſa obligationis: Dictum enim jam eſt, non datam rem eſſe, ut eam ſibi habeat accipiens, ſed ut vendat; quamdiu ergo vendita non eſt, deeſt adhuc aliquid negotio, & licet eventualiter animus & voluntas alienandi adſit, attamen in effectum illa deducta non eſt: Cum ergo negotium imperfectum, & res integra, indeque nullum jus accipienti quæſitum ſit, merito pœnitere dans & rem vindicare poterit, quod falſum eſſet, ſi dominium in accipientem eſſet translatum: Atque pro hac ſententia (8) pugnant *Schwend. in tract. de act. expoſ. ſpecial. c. 3. m. 33. Schilt. Exerc. ad π. 23. ſ. 5. Titius in obſ. ad Laut. p. 627.*

OBJ. (1) Quod æſtimatorius contractus a datione incipiat, *L. 1. pr. h* ibi; *cum res æſtimata vendenda datur.* Dare autem eſt dominium transferre. *L. 75. §. 5. V. O.*

RESP. (1) Dare eſt vox generalis, omnemque translationem rei, quocunque titulo fiat, denotat, *Briſſon. tit. de V. S. voce dare.* & in ſola formula *dari oportere* datio ſemper ſignificat dominii translationem, de quo eſt *d. l. 75.* (2) Datio interdum ſumitur pro facto, uti ſi commodato res datur &c. Vide *tit. de permut. q. 2.*

OBJ. (2) *L. 3. ff. Locat* Ubi inſtrumentis fundi locati æſtimato datis emtio eſt, adeoque per æſtimationem dominium transfertur.

RESP. Non agitur ibi de contractu æſtimatorio, ſive de tali negotio, ubi res æſtimato vendenda datur: Sed ubi res alicui æſtimato datur, translato ſimul uſu rei. Illa regulariter eſt inſtar venditionis, *d. l. 3.* non hæc. Nam ſi res æſtimato alicui datur, & quidem ita, ut uſui ejus concedatur, res autem talis ſit, quæ uſu minuitur, vix alia intentio partium fuiſſe videri poteſt, quam ut dominium in accipientem transferatur. *l. 3. Locat.* ibi: *æſtimatio eſt in obligatione.* Nec ſufficit eandem rem reſtitui, niſi & damnum quavis culpa, quin caſu quoque, in re datum pretio ſuppleatur; *L. 5. §. 3 Commod.* quod ſecus eſt in noſtro negotio, ubi res æſtimata datur ea lege, ut vendatur, ibi enim non poteſt videri intentio partium fuiſſe, ut vendita ſit propter æſtimationem, tum per omnes illas rationes, quas ante allegavi, tum quia non opus fuiſſet, ut vendenda traderetur, ſi jam pro vendita haberetur; quin alia intentio dantis ex hoc ipſo

ipſo apparet, quod det accipienti, non ut ſibi habeat, ſed ut vendat: *L. 1. ∫. 1. h.* Unde & porro res etiam deteriorata absque dolo & culpa, hic reſtitui poteſt danti; *L. 17. §. 1. de Præſcr. verb.* quod verum non eſſet, ſi rei dominium eſſet in accipientem translatum. *d. l. 5. §. 3. commod.* Quæ omnia plenius excuſſi in *q. 8.*

OBJ. (3) Quod æſtimatio hic ſit in obligatione. *L. 5. §. 1.* ibi: *aut æſtimationem de qua convenit &c. ff. de Præſcr. verb.* Unde etiam actio de æſtimato datur *L. 1. pr. h.* Eo autem caſu dominium rei in accipientem transfertur *L. 10. C. Jur. dot.*

RESP. Imo æſtimatio in hoc negotio non eſt in obligatione, ſed id quod promiſſum eſt, ſcil. pretium ex re vendenda comparandum: Quamdiu ergo res vendita non eſt, illud peti non poteſt, ſed negotium eſt imperfectum, ac proinde liberatur accipiens rem reſtituendo: ſecus ac in re ad utendum æſtimato data; ibi enim res pro vendita habetur, adeoque accipiens caſum præſtat tanquam dominus: indeque non liberatur reſtitutione rei, niſi id ſuppleat, in quo deterior reddita eſt.

OBJ. (4) Quod, cum dans alternative agat vel ad rem, vel ad pretium, neceſſario tranſeat in accipientem dominium; quia ſi dominus maneret, præciſe ad rem agere deberet.

RESP. Imo non ſequitur, dans non agit præciſe ad rem, ergo dominus rei eſſe deſiit: Quia ex natura actionum bonæ fidei id ſequitur, ut ſi promiſſum pretium non ſolvatur, res data repeti poſſit. Atque hinc ſi quis mandavit alteri fundum pro certo pretio vendendum, nec accipiens ſolvat pretium conventum, ipſa res alternative repeti actione mandati poteſt. Nemo vero dixerit propter alternativam hanc obligationem dominium in mandatarium tranſiiſſe.

OBJ. (5) Quod debitor alternativus neceſſario dominium habere debeat, quia in ejus electione eſt pretium reſtituendo rem retinere; quod fieri non poſſet, niſi rei ſit dominus.

RESP. Electio illa non eſt ex dominii translatione, ſed domini voluntate, qui ei libertatem dedit ut vel vendat, vel, ſi non poſſit vendere, rem reſtituat. *L. 17. §. 1. P. V.*

OBJ. (6) Quod ſi dominium maneret penes dantem, eſſet ſimplex mandatum vel conductio operæ.

RESP. Imo admodum hæc negotia invicem differre videbimus *ad q. 4. & 5.*

OBJ. (7) Quod nemo cum hujusmodi accipiente contracturus eſſet, quia dans tanquam dominus poſſet rem vindicare a quocunque poſſeſſore.

RESP. Alia quæſtio eſt, an accipiens fiat dominus, quod negatur: Alia, an accipiens vendendo transferat dominium in emtorem, & hoc affirmatur; quia domini juſſu & conſenſu alienat, ſi ergo dans vindicaret, repelleretur exceptione doli, quod contra propriam voluntatem veniret. Conf. *L. 4. C. de permut.* ſi ille neget ſe mandaſſe, tunc emtor regreſſum habet contra venditorem ſuum, qui aſſiſtere in lite, eique evictionem præſtare debet. Adeoque omnino tutus eſt emtor.

OBJ. (8) Quod ille, cujus periculum eſt, regulariter quoque ſit rei dominus.

RESP. Regula hæc vera non eſt. Vide *tit. locat. q. 38. Obj. 4.* Sed & fal-

falsum est, periculum in æstimatorio contractu pertinere ad accipientem, contrarium diserte traditur in *l. 17. §. 1. de Præscr. verb.* ubi in dubio accipiens tantum præstat dolum & culpam; & sic periculum est penes dantem: Idque extra omne dubium positum est, si dans rogaverit accipientem, ut pro pretio æstimato vendat. *d. l. 17. §. 1.*

INSTO, (α) Quod in *l. 1. §. 1. h.* dicatur æstimationem facere periculum ejus qui suscepit.

RESP. (1) In dubio æstimationem non suscepit accipiens, sed ille solam operam promittit, a qua si dolus & culpa absit, aliud periculum rei non præstat: Secus ergo si periculum suscepit, quod factum videtur, si accipiens a dante rem æstimatam vendendam roget, uti casus in terminis est in *l. 17. §. 1. præscr. verb.* tunc enim ultro custodiam rei, eoque periculum suscipit. Non tamen (2) hoc ipso dominium transit, quia rei periculum ex pacto, & ultronea rei receptione, non vero jure dominii præstat. Neque (3) hæc receptio periculi ad casus fortuitos referri debet, quia recepto periculo non statim præstantur casus fortuiti, *l. 36. ff. Locati.*

INSTO, (β) dictam *l. 17. §. 1.* agere de æstimatione taxationis gratia, & de casu ubi præcise res ad vendendum data fuit.

RESP. Concedo in *d. l. 17.* rem ad vendendum pro certo pretio datam esse: at hoc nihil aliud est, quam contractus æstimatorius; utpote cujus forma in eo consistit, ut res æstimata vendenda detur. *L. 1. pr. h.* Quo casu accipiens aut ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut æstimationem, de qua convenit, *l. 1. §. 1. h.* Tale autem negotium contractum est in *d. l. 17. §. 1.* ibi: *Si margarita tibi æstimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum &c.* Cum ergo conceditur in hoc negotio taxationis gratia æstimationem intervenisse, uti hoc omnino verum est, simul conceditur in æstimatario contractu accipientem non fieri dominum.

OBJ. (9) Quod omnes effectus dominii sint penes accipientem, utpote cum rem alienare, in suos usus convertere &c. neque in eo a domino impediri possit.

RESP. Hoc est ex voluntate domini, qui hanc facultatem pacto in accipientem transtulit indeque contentus esse debet, si pretium ei offeratur, at verum non est impediri eum non posse a dante; fallit enim hoc, si res integra, & venditio nondum facta est, tunc enim pœnitere potest. vid. *rat. 7.*

DISSENTIT *Lauterbachius tit. de æstimat. p. 392. ibique Dd. Stryk. ibid. Berger. ibid. Laut. de Contr. innom. §. 2. n. 2. Stryk. de act. invest. S. 1. m. 4. §. 11.* De praxi nihil certi constat; In tanto conflictu Doctorum tutius est insistere rationibus juris civilis.

QV. III. *Quomodo contractus æstimatorius differat ab emtione venditione?*

Laut. pag. 399. verb. RESP. Differunt in eo, quod (1) ille non sit contractus nominatus, nec consensualis, sed innominatus, qui ex facto incipit. (2) Quod traditio sit de

de essentia negotii æstimatorii, emtio vero consensu perficiatur. (3) In nostro negotio partes non consentiunt de re pro pretio in accipientem transferenda, sed potius ea accipienti vendenda datur. Unde (4) hic non obligatur præcise ad pretium, sed in ejus arbitrio est, an rem, an pretium velit restituere. (5) Facultas pœnitendi est penes dantem, quamdiu accipiens non vendidit: Quæ omnia secus in emtione venditione. Conf. *L. 1. pr. h. Laut. h. p. 393.*

differt tamen a venditione &c.

Qv. IV. *Quomodo differat a locatione operarum?*

RESP. Differre in eo, (1) Quod locatio sit itidem contractus nominatus & consensualis. Qui (2) absque traditione nudo consensu perficitur. Neque (3) pœnitere potest conductor operæ, secus ac in contractu æstimatorio. Vid. *q. praeced.* Conf. *L. 1. pr. h. Laut. p. 393.*

Laut. ibid. verb. ab operarum locatione &c.

OBJ. *L. 19. §. 1. Præscr. verb.* ibi: *ex locato esse actionem.*

RESP. Plane ibi non agitur de æstimatorio contractu, sed de casu, ubi is, pro quo pignus dedi, mercede interveniente fidejussorem mihi promittit, hic est vera locatio, & opera locari solita, indeque actione locati ad implendum compellitur.

Qv. V. *Anne hoc negotium sit mandatum?*

RESP. Equidem huic omnium maxime accedere videtur: Nam ita in *l. 5. §. 2. Mand.* exstat tale negotium, *quo tibi mando ut fundum meum pro 100. venderes;* hoc non dicitur contractus æstimatorius, sed mandatum: Verum diversa omnino hic sunt negotia: nam (1) mandans ibi non dat fundum, nec negotium a traditione incipit, sed nudo consensu res agitur, & venditio alterius fidei committitur: quod secus est in æstimatorio contractu. Vid. *q. 3. & 4.* (2) Æstimatorius contractus pro mercede quoque fieri potest, & plerumque solet. *L. 2. h.* Mandatum vero gratis fieri debet. *l. 22. §. 11. l. 15. mand.* (3) Mandati condemnatus fit infamis. *L. 6. §. 5. his qui not. inf.* Secus si ex præscriptis verbis condemnatio sequatur. (4) In mandato præstatur levissima culpa: *supr. tit. mand. q. 4.* Hic vero dolus & culpa (scilicet levis) nam periculum, sive levissima culpa, non præstatur nisi illud receperit. *L. 1. §. 1. h. l. 17. §. Præscr. verb.*

Laut. ibid. verb. a mandato.

Qv. VI. *Si res æstimata eo pacto vendenda datur, ut lucrum inde perceptum inter contrahentes dividatur, an vera sit societas?*

AFFIRMATUR: Si animus contrahendæ societatis adsit, per *text. expr. in L. 44. L. 52. §. 3. pro socio.* Nam alter confert pretium, alter operam, & quidem ea intentione, ut lucrum & damnum inde communicetur, quod negotium est vera societas, *L. 52. §. 2. pro socio. §. 2. Inst. in fin. Eod.*

OBJ. *L. 13. pr. Præscr. verbis.* Ubi dicitur non esse societatem.

RESP. Quia ibi non apparebat animus contrahendi societatem: Secus ergo si ille appareret, uti id clare ita explicatur in *L. 44. pro socio.*

Qv. VII. *Quid sit æstimatio* venditionis, *quid* taxationis *gratia?*

RESP. VENDITIONIS gratia fieri æstimatio dicitur, quando pro pretio æstimato dominium rei in accipientem transfertur, *L. 5. C. J. dot.* adeoque

que res quasi vendita pro illa æstimatione videtur, ita ut vel actio emti ex tali negotio detur, *L. 10. C. J. dot. L. 16. L. 52. §. 1. ff. Eod. L. Un. §. 9. rei ux. act. L. 11. C. de Pact.* vel actio ex ipso contractu, si pacto hujusmodi datio æstimata rei accedat, *L. 3. Locat.* unde & omne periculum & commodum in accipientem plene transit, *L. 10. C. J. dot. L. 10. pr. ff. L. 15. ff. de J. dot. L. 54. in fin. Loc. d. l. un. §. 9.* eique res perit. *dd. ll.* & accipiens summæ seu æstimationis debitor efficitur. *d. l. 5. d. l. 10.*

Taxationis gratia fieri æstimatio dicitur, quando ideo pretii mentio fit, ut appareat, si forte species aliqua diminuta, aut deperdita fuisset, quidnam reposci possit, ut in *L. 21. C. J. dot.* item quali pretio dominus rem suam vendi velit, ut in contractu æstimatorio, *L. 1. pr. de æstimat.* His enim casibus dominium rei non transfertur in accipientem; Nec pro vendita ea haberi potest, cum intentio alia ex natura negotii appareat. *arg. L. 80. ff. Contr. Emt.* Neque porro accipiens casum fortuitum præstat, sed nec periculum nisi æstimationem receperit, *L. 17. §. 1. de Præscr. verb.* Indeque non summa, seu æstimatio, sed ipsa res est in obligatione, *L. 21. C. de J. dot. L. 50. ff. sol. matr.*

Qu. VIII. *Quando nam æstimatio videatur* venditionis, *quando* taxationis *causa fieri?*

Laut. pag. 393. verb. In dubio autem &c.

Doctores communiter putant in dubio *venditionis* causa fieri æstimationem in negotiis, in quibus regulariter per rei traditionem dominium transfertur. In reliquis vero negotiis æstimationem fieri *taxationis* gratia. *Laut. p. 393.*

Verum merito suspecta hæc mihi videtur regula; cum etiam in his negotiis, ubi per subsecutam rei traditionem dominium non transfertur, æstimatio pro venditione haberi soleat, ut in *L. 3. Locat. L. 52. §. 1. pro socio &c.* de quo jam plenius agemus.

In dubio ergo æstimatio *venditionis* gratia accedere videtur in iis negotiis, ubi usus rei in accipientem transfertur: Cum enim res illæ usu minui, atque consumi soleant, nemo facile rem suam alii utendam ita concedet, ut eam deformem, diminutam & attritam reciperet: Sed bonus paterfamilias eam æstimato concedet sive ita ut res in accipientem pleno jure transferatur, & sola æstimatio maneat in obligatione; quæ consumi & deteri non potest; indeque res pro illa æstimatione vendita dominiumque in alterum translatum videtur. Conf. *L. 15. §. 4. de Usufr. §. 2. Inst. Eod. L. 10. pr. ff. J. dot. &c.*

Atque hinc vidimus (1) in *tit. de Usufr. earum rer. quæ &c.* quasi vestimenti usufructu æstimato dato dominium in fructuarium transferri, *§ 2. Inst. de Usufr.* (2) Re locata, & instrumentis æstimato datis, hæc pro venditis habentur, *L. 3. Locat.* (3) Pecude æstimato data animo societatis contrahendæ, dominium in socium pro parte transit, eique hactenus res perit, *L. 52. §. 3. ff. Pro socio.* (4) Re æstimata commodata habebitur pro vendita, ita ut omne periculum ad commodatarium pertineat. *L. 5. §. 3. Commod.* (5) Servo æstimato colonæ adscripto casus pertinet ad colonam, & servo mortuo hæc restituit

tuit æſtimationem, quæ eſt in obligatione, *L. 54. §. f. Locat.* (6) Ita in dote quoque jure dominii civilis omne commodum omnisque utilitas transfertur in maritum, ſi proinde hoc æſtimato fiat, omne periculum omnisque caſus pertinet ad maritum, & ipſa æſtimatio, non res, eſt in obligatione, atque illa, non hæc finito matrimonio reſtituitur. *L. 5. l. 10. l. 21. C. J. dot. l. 10. §. 4. l. 16. ff. Eod.* Niſi uxor ſibi reſervaverit electionem, tunc enim vi pacti res ipſa manet obligata, & æſtimatio ſaltem taxationis gratia acceſſiſſe videtur. *L. 5. l. 21. C. J. dot.*

E contrario *taxationis* gratia intervenit æſtimatio, quoties non uſus rei, vel uſus quidem, ſed rei quæ uſu non minuitur, in alterum transfertur, uti ſi rem alicui do ut eam vendat certo pretio. *L. 5. §. 3. commod.* Vel ſi rem æſtimatam do, ut vendat. *L. 1. pr. h. t. L. 44. Locat. L. 5. ſ. 1. Præſcr. verb.* Hic enim tota ratio ante allegata ceſſat, uſus rei non transfertur; indeque nec metuere poteſt bonus paterfamilias, ne res attrita ipſi reſtituatur; & ſic non opus eſt rei æſtimatione: Si ergo pretium hoc caſu additur, illud ſaltem accedere ideo videtur, ne, ſi ſpecies aliqua culpa accipientis diminuta, aut deperdita fuiſſet, alio pretio, quam quo taxata erat, repoſceretur: *arg. L. 21. C. J. dot.* Vel ut appareat, quanti rem vendere debeat: Quin, non poteſt videri dantis intentio fuiſſe rem alienandi in accipientem, dum huic demum facultatem alienandi concedit: Indeque venditum videri non poteſt, quod demum ex voluntate dantis vendi debet: quod plenius excuſſi ſupra *q. 2.*

Hoc caſu ergo æſtimatio non eſt in obligatione, ſed res ipſa. *d. l. 21.* Nec accipiens caſum rei fert, ſed ille qui dedit. *L. 50. ff. ſol. matr. arg. L. 80. Contr. Emt. vid. q. prac.*

Qv. IX. *Quale hoc ſit negotium, ſi res æſtimato datur?*

RESP. Si de animo & intentione partium, quale negotium ipſi geſtum velint, apparet, tunc valet ex eorum voluntate, atque hinc ſi partes æſtimatam rem vendendam mandarunt, erit mandatum. *L. 5. §. 3. mand.* Si locarunt, erit locatio, & actio locati. *L. 3. Locat. l. 54. ſ. f. Eod.* Si commodarunt rem æſtimato datam, erit commodatum. *L. 5. §. 3. commod.* Si æſtimato data ſit res, ea intentione, ut lucrum & damnum inde jure ſocietatis communicaretur, erit ſocietas, *L. 44. l. 52. §. 3. pro ſocio.* & actiones ex ipſo negotio dabuntur ad æſtimationem vel rem petendam: *d. l. 44. d. l. 52.*

Si autem de tali intentione non conſtet, proprium eſt negotium propriusque contractus, unde actio præſcriptis verbis datur. *L. 1. h. tot. tit. de Præſcr. verb. vide ſupra q. 1.*

Qv. X. *An etiam in locatione æſtimatio in dubio accedere videatur taxationis gratia?*

RESP. Si uſus rei quæ uſu minuitur, uti inſtrumenta &c. locatur, in dubio æſtimatio venditionis gratia acceſſiſſe videtur. *L. 3. l. 54. §. f. Locat. vid q. 8.*

Laut. pag. 393. verb. *locatione &c.*

OBJ. *L. 39. ff. Locat.* Ubi dicitur locationem non mutare dominium.

RESP.

RESP. Locatio non mutat dominium, sed pactum locationi adjectum, *l. 3. loc.* hoc enim format naturam negotii bonæ fidei. Conf. *L. 44. Pro socio L. 52. §. 3. Eod. L. 5. §. 4. Præscr. verb.*

QV. XI. *An accipiens in contractu æstimatorio obligetur, licet res perierit?*

Laut. pag. 394. verb. licet res perierit.

NEGATUR: Nam cum res in dantis maneat dominio, etiam ei perit, quia res perit ei cujus est; Atque hinc dicitur expresse in *l. 17. §. 1. P. V.* accipientem nil nisi dolum & culpam præstare, quin in *d. §. 1.* expresse additur, quod dantis sit periculum.

EXC. Si accipiens rogaverit dantem, ut rem sibi vendendam det, tunc enim periculum est ejus, quia ultro se offert & sic ultro suscipit æstimationem præstandam. *d. l. 17. §. 1.* Unde in *l. 1. §. 1. h.* nervose JCtus ait, æstimationem periculum facere ejus qui suscepit.

QV. XII. *An in contractu æstimatorio ille qui dedit pœnitere possit?*

Laut. pag. 394. verb. Non etiam qui dedit &c.

AFFIRM. Rationes allegavi *supra q. 2.* Nam (1) nihil juris est translatum in accipientem quamdiu ille non vendidit, hæc enim sola vendendi facultas ei concessa est. Indeque (2) negotium imperfectum eoque liberum est partibus ab inde recedere; Sed & (3) dedi propter certam causam, qua nondum secuta pœnitere & repetere rem possum. *L. 5. §. 1. de Præscr. verb. L. 3. §. 2. L. 5. Cond. caus. dat.*

OBJ. *L. 1. pr. h.* Ubi dicitur omnia in hoc negotio locum habere, quæ in bonæ fidei judiciis obtinent; At ibi pœnitere nunquam licet.

RESP. Consequentia fallit, nam omnino aliquando pœnitere licet, uti id non tantum in contractu æstimatorio verum est, sed & in mandato, societate, & deposito. Vide *supra tit. pro socio q. pen.*

QV. XIII. *An actio æstimatoria recte dicatur præscriptis verbis?*

Laut. pag. 394. verb. Actio præscriptis verbis &c.

AFFIRM. *L. 1. pr. h.* ibi: *æstimatoriam præscriptis verbis.*

OBJ. (1) *L. un. de Cond. ex lege.* Ubi quoties nova lex est, datur condictio ex lege.

RESP. Condictio illa datur, si aliud nomen actionis non est, at hic est aliud nomen, scil. actio de æstimato præscriptis verbis. Sed & negotium æstimatorium non est novum, neque in hoc titulo demum introductum, sed explicatur illud & actio præscriptis verbis, quæ exinde dabatur, nova saltem qualitate augetur.

OBJ. (2) Cur hic actio præscriptis verbis datur, cum propria sit actio æstimatoria, sive de æstimato. *Rubr. & L. 1. pr. h.*

RESP. Jam ante dictum est, actionem præscriptis verbis esse generalem darique ex omni negotio, de cujus appellatione vel dubitatur, vel non constat: *L. 1. L. 2. L. 3. ff. Præscr. verb.* Specialia autem quædam in duobus ejusmodi negotiis occurrere, scil. (1) si aliquid datur æstimato; (2) Si aliquid ita datur ut pro alia permutetur, & dixi in his duobus negotiis, tum propter æstimationem, tum propter permutationem, quæ utraque venditionis species videri potest, ad distinctionem aliarum actionum, quæ juxta præscripta verba dantur, pro-

propriam adjici qualitatem, ita ut ex contractu æstimatorio detur actio præscriptis verbis æstimatoria, *L. 1. pr. h.* ex contractu permutationis actio præscriptis verbis permutatoria. *arg. rubric. & t. t. h.* item *arg. rubr. C. de permut. & præscript. verb.* Conf. §. 28. *Inst. de act.* & *sup. q. 1.* item *infra tit. de Præscr. verb. q. 1.*

Ut proinde appareat actionem de æstimato esse ipsam actionem præscriptis verbis cum qualitate æstimatoriæ, quæ efficit ut actio illa sit bonæ fidei; *L. 1. pr. h.* cum alias actio præscriptis verbis sit stricti juris. *arg. §. 28. J. de act.*

Qv. XIV. *An sufficiat præstare pretium conventum, si accipiens plus sit consecutus?*

AFFIRM. (1) Per textum expr. in *L. 1. §. 1. h.* ibi: *aut æstimationem de qua convenit.* Nam cum (2) placito alter steterit solvendo pretium conventum, nulla danti dabitur actio.

Laut. pag. verb. 394. sufficit præstare pretium &c.

OBJ. (1) Quod accipiens lucrum percipiat ex re aliena.

RESP. Sed ex voluntate domini.

OBJ. (2) *L. 13. ff. de Præscr. verb.* Ubi ex speciali demum pacto superfluum accipienti acquiritur.

RESP. (1) Hic adjectum pactum est, inde tamen non sequitur citra pactum quoque id fieri non posse: Superflua enim cautio non nocet. Sed & (2) plane de eo non quæritur, an citra pactum accipiens superfluum lucretur, sed quale negotium sit, & quænam inde detur actio.

LIB. XIX. TIT. IV.

DE RERUM PERMUTATIONE.

Qv. I. *An pactum de permutando producat actionem?*

Laut. pag. 395. verb. Nam solum pactum &c.

NEGATUR: Vide *supra tit. de Pact. q. 11.*

Qv. II. *An dare in hoc negotio idem sit quod dominium, vel jus in re transferre?*

AFFIRMAT. §. 14. ibi: *quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat &c. Inst. de act.* atque hinc si *fundum dari* stipulatum est, stipulator dominus efficitur. *L. 75. §. f. V. O.* Nec videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt. *L. 167. pr. R. J.* Unde etiam est, quod rem alienam dans nullam contrahat permutationem. *L. 1. f. 3. h.*

Laut. pag. 395. verb. Modo res revera data &c.

OBJ. § 2. *Inst. locat. L. 17. § 3. de P. V.* Ubi dicitur sufficere commodatum, ut quid detur: Ergo datio non semper infert dominii translationem.

RESP. Tunc non est contractus do ut des, sed facio ut des, nam & commodatum factum est, licet traditione fiat.

Qv. III. *An in permutatione transferatur dominium quamprimum dominus rem suam ex causa permutationis tradit, etiam antequam accipiens contractum ex sua parte impleat, licet dans fidem de pretio non habeat?*

Laut. pag. 395. verb. Hic autem transfertur &c.

AFFIRMATUR: *Arg. L. 4. C. h.* ubi res ex permutatione data, si forte alienetur, a tertio vindicari non potest: quod falsum esset, si dominus mansisset: Indeque expresse additur in *d. l. 4. l. 5. & L. 7. Eod.* contra accipientem agi ut fides placiti servetur, vel ut datum causa non secuta restituatur: Sed & cum id singularissime in emtione; (tum propter summum ejus favorem, tum propter quotidianam ejus negotii utilitatem) receptum sit, ne dominium in emtorem transeat nisi fide de pretio habita; *L. 19. l. 53. ff. C. E. §. 41. Inst. de Rer. Div.* hoc ad alia negotia extendi non debet; sed firmat potius hæc exceptio regulam in casibus non exceptis.

OBJ. *L. 3. ff. de Pign. act.* ibi: *furti agere posse & ad exhibendum &c.* Adeoque casus ibi est, ubi jus in re non videtur translatum, nec pignus remissum, antequam alter a sua quoque parte impleat.

RESP. Casus ibi est ubi debitor paratam ait solutionem, modo pignus redditum fuerit. Creditor spe accipiendæ solutionis pignus reddit debitori, qui subornato per fenestram auferendam dat: Hic creditori non videtur actio superesse, quia volens pignus tradit, & remisso pignore debitum quoque remissum censetur. *L. 3. Pact.* At quia dolo fecit, creditor habet actionem pigneratitiam, quin & furti agere potest, & ad exhibendum, *d. l. 3. de pign. act* creditor ergo retinet jus pignoris, non ideo quasi in contractu innominato dominium seu jus in re non transeat, nisi alter quoque impleat: Sed ex natura contractus bonæ fidei, nam huic contrariatur pignus redditum videri, quod revera non redditum, sed per fallaciam saltem ablatum est. *d. l. 3.*

Qv. IV. *An permutatio contracta videatur, si ex una tantum parte res data sit?*

Laut. pag. 395. verb. & ex una tantum parte &c.

AFFIRMATUR: Nam valet obligatio ad hoc ut alter compelli possit ad implendum. *L. 5. §. 1. de P. V.* ibi: *Non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest &c.* Conf. *L. f. ff. Eod. & quæst. præced. in pr.*

OBJ. (1) *L. 1. §. 2. de Rer. perm.* Ubi datio tantum initium obligationi præbere dicitur, & sic nondum videtur obligatio.

RESP. Non id dicitur, sed quod initium permutationis a datione fieri debeat, non a nudo consensu.

OBJ. (2) *L. 1. §. 4. Eod.* Ubi dicitur, quod si alter nolit tradere, dans non possit agere ad id quod interest, sed præcise rem datam repetat: Ergo perfecta nondum est permutatio.

RESP. Agitur ibi de casu ubi uterque dedit, sed alter rem alienam, quod apparet ex §. 3. ibi: *rem alienam,* & pr. §. 4. ibi: *igitur &c.* Vid. *Dn. Berger. h. q. 3.*

Qv. V. *An pecunia numerata permutari possit?*

NEGATUR: Si ut quantitas spectatur: *L 5. §. 1. P. V.* Sed tum vel erit mutuum, si scil. ita datur ut alia quantitas restituatur: vel emtio, *d. l. 5.* Secus si ut corpus veniat, tunc enim idem obtinet quod in aliis corporibus, *L. 51. de Leg. 1. L. fin. de Cond. Caus. dat.* quæ permutari possunt: Videtur autem ut corpus venire si a traditione contractus incipiat, *L. 1. §. 2. h.* ut in *d. l. 5.*

Laut. pag. 396. verb. etiam pecunia numerata.

OBJ. *L. 5. §. 1. de Præscr. verb.* Ubi si do pecuniam, ut rem accipiam, magis videtur emtio.

RESP. (1) Loquitur de pecunia ut quantitate spectata: (2) Negotium ibi non incipit a traditione sed definitione pretii; hoc negotium ex consensu valet, licet traditio secuta non sit. *L. 1. §. 2. h.*

Qv. VI. *An etiam res æstimatæ permutari possint?*

AFFIRMATUR: Adeoque si quis dat bovem 100. aureorum ut restituat equum, erit vera permutatio: & cum ipsa pecunia permutari possit, ne dum res æstimatæ.

Laut. pag. 396. verb. Etiam æstimatæ.

OBJ. *L. 1. C. h.* ibi: *licet non taxata quantitate.* Unde putant Dd. secus esse si taxata erit, veramque tunc emtionem fore.

RESP. Vox *licet* est ampliativa, ut scil. utroque casu, sive taxata, sive non taxata quantitate, permutatio esset.

Qv. VII. *An res aliena permutari possit?*

RESP. Si is, qui inchoat contractum, rem alienam dedit, contractus non subsistit, *l. 1. ff. 1. h.* quia initium est a re aliena, quæ dari nequit, indeque contractus erit vitiosus: Unde (1) nec actio præscriptis verbis hoc casu datur, *l. 1. §. 3. junct. ff. 4. h. t.* Nec (2) evictio locum habet, quia contractus est ipso jure nullus. Nec (3) usucapi potest, quia titulus ipso jure nullus est, sine titulo autem usucapio non procedit. Indeque (4) publiciana quoque non datur, utpote quæ tantum ei datur, qui est in conditione usucapiendi.

Laut. pag. 396. verb. Non etiam res aliena &c.

At aliud est, si is, qui accepit, dedit rem alienam, tunc enim contractus subsistit, *l. 1. C. h.* quia negotium ab una parte rite perfectum est, nec vitiosum initium habet. Unde (1) dans habet actionem præscriptis verbis. *d. l. 1.* (2) Usucapere potest. *d. l. 4. §. 17. de Usurp.* (3) Evictio locum habet. *L. 1. ff. 1. h. & L. 29. C. de Evict.* (4) Est publiciana. *L. 7. §. 1. de Public.* (5) Accessio quoque fit possessionum. *L. 2. ff. 16. Pro Emt.*

Qv. VIII. *An is, qui ex sua parte implevit contractum, pœnitere possit?*

RESP. De singulis id videbimus: In *facio ut facias*, & ceteris negotiis ubi factum aliquid est, illud pœnitentia revocari non potest, cum factum infectum per naturam fieri non possit. *L. 12. §. 2 ff Capt. & postl. rev.* In his articulis ergo omnis quæstio de pœnitentia cessat, & semper proinde agitur ad implendum.

Laut. pag. 397. verb. Permutatione unius præstatione &c.

In *do ut des*, cæterisque negotiis ubi a datione initium fit contractus, DANS ſemper pœnitere poteſt, quoadusque alter a ſua parte contractum nondum adimplevit. *L. 5. §. 2. L. 7. ff. P. V. L. 1. in f. C. de rer. perm. L. 3. §. 2. & paſſ. ff. Cond. Cauſ. dat.* Duplicem hujus rei cauſam *B. Parens* affert in *diſp. de Jur. pœnit. S. 4. §. 2. & 3.* *Primum* enim (ait) negotium quoad jus dantis perfectum non eſt, quia non dedit animo donandi, ſed ut alter viciſſim quid præſtaret. Quousque igitur hic non præſtitit, imperfectus eſt contractus do ut des, vel do ut facias: Cum itaque ex negotio imperfecto dans obligatus non ſit, certum eſt, eum pœnitere & repetere poſſe. Quod impleto contractu ſecus eſt, quia tum jus plene quæſitum eſt accipienti, quod ei auferri amplius nequit, nec dans quicquam ſibi in eum eventum amplius retinuit: *Deinde*, quia non eſt tale ſynallagma vel factum tale, quo accipientis jus integrum eſſe deſiit, illi enim nihil deeſt, ſed danti, nec minus ille, ſed plus ſuo habet, & accipiendo ſe danti, non dantem ſibi obligat. Igitur cum dans neutiquam ſit obligatus, & dando non ſe alteri, ſed alterum ſibi obligaverit, manifeſtum eſt, ipſum omni modo rem datam condicere ac pœnitere poſſe: Secus igitur, ſi accipientis jus imminutum, eique aliquid ex hac cauſa deſit.

Atque pro hac ſententia præjudicia effert *Carpz. & Habr. apud Stryk. U. M. de Pact. §. 5. Phil. Uſ. pr. Inſt. L. 3. Ecl. 71. n. 8. & ſeq.* Conf. *Struv. de Pact. §. 32. & Ex. 25. th. 13.*

ACCIPIENS autem pœnitere non poteſt, quia omnino obligatus eſt danti, idque itidem ex utraque cauſa demonſtrat *B. Par. d. Sect. 4.* Nam ait (1) negotium ab ipſius parte perfectum eſt, quia nihil amplius ipſi petendum reſtat; negotium autem illud fuit de commutando vel transferendo jure; quia ea lege accepit, ut viciſſim rem daret, id eſt, dominium transferret, vel aliud quid præſtaret. Ex hac ergo diſpoſitione ſua obligatur prout diſpoſuit. (2) Ex hac commutatione danti tamdiu jus ſuum deeſt, donec accipiens, quod viciſſim promiſit, præſtet. Ad hoc ergo obligatur *l. 7. §. 1. ff. de pact. l. 5. & paſſ. ff de præſcr. verb.* Manifeſtum igitur eſt accipientem pœnitere & a contractu recedere non poſſe.

Atque hinc egregie concludit *B. Par. d. S. 4. §. 5.* Quod ex præmiſſis ſequantur duæ diverſæ actiones ad [illegible] diverſas, quibus conveniri accipiens, & dans agere poteſt: quarum optio penes dantem ſeu autorem eſt. *Altera*, qua ex pœnitentia vel quia cauſa ſecuta non eſt, dans agit ad repetendam rem quam dedit atque adeo ad recedendum a contractu: ſcil. condictio cauſa data; quæ eſt quaſi ex contractu. *arg. §. 1. quib. mod. re contr. obl. §. fin. de Obl. quæ quaſi ex contr.* *Altera*, qua dans ex contractu agit ad præſtandam rem promiſſam, vel quod ejus rei nomine intereſt; & proinde ad implendum contractum, ſcil. actio præſcriptis verbis, quæ ex hoc contractu datur. *tot. tit. ff. Præſcr. verb.* Et actoris arbitrium eſt, qua actione uti, & utrum pœnitere, atque recedere a contractu, an ei inſiſtere vult. *d. l. 5. §. 2. l. 7. §. de præſcr. verb. d. l. 1. C. de Rer. perm.*

Unde

Unde illa difficilis antinomia in *l. 5. ff. Cond. cauſ. dat.* & *l. 5. §. 1. de Præſcr.* facillima via ſolvitur, de qua *q. 12. h.*

Qv. IX. *Quomodo differat articulus do ut des a permutatione?*

RESP. Do ut des eſt ipſa permutatio: Nam (1) permutatio definitur, quod ſit negotium quo res datur, ut pro ea viciſſim detur alia, *L. 1. pr.* & *ſ. 2. ff. L. 6. C. h.* Atqui hoc nihil aliud eſt quam do ut des. Atque hinc (2) cum in *l. 5. §. 1. ff. de Præſcr. verb.* explicaretur articulus do ut des, ſola permutatio proponebatur, illiusque unice mentio fiebat, certo indicio duo hæc negotia eſſe eadem. Neque (3) ulla differentia allegari poteſt.

Laut. pag. 397. verb. ab articulo do ut des &c.

Equidem duas differentias ſtatuit *Lauterb. p. 397.* Scil. (1) quod dari res ita poſſit, ut & ipſa & alia reſtituatur: (2) Quod ita quoque dari poſſit, ut illa ipſa vel ejus æſtimatio reſtituatur: Utroque caſu eſſe articulum do ut des, non vero permutationem ait: At verum non eſt, his caſibus ſolum contrahi negotium *do ut des*, ſed ſi rem ipſam datam reſtituit, erit *do ut facias*, ubi enim propriæ meæ rei reſtitutio eſt in obligatione, eatenus alter non viciſſim dat, ſed factum præſtat, & rem meam mihi reſtituit, *arg. l. 17. §. 3. de Præſcr. verb. ſ. 2. Inſt. Locat.* Atque talem mixtam ſpeciem fieri poſſe tradit Autor *tit. de Præſcr. verb. in pr.* Sed & porro, licet præter naturam permutationis aliquid in tali placito contineatur, non tamen eo deſinet eſſe permutatio, ſed negotium permutationis ſubſiſtit, &, quia bonæ fidei eſt, actione præſcriptis verbis de permutatione agetur ad omne id, quod pacto adjectum vel alias præſtari æquum & bonum eſt, *L. 2. h. arg. ſ. 28. Inſt. de act.*

Qv. X. *An is, qui accepit, obligetur ad rem promiſſam viciſſim dandam?*

AFFIRMATUR: *arg. l. 5. C. O. A.* ibi: *renunciare conſtitutæ ſemel obligationi non poteſt:* Sed & ex duplici cauſa accipientem obligatum eſſe, jam evici ſupra *q. 8.*

Laut. pag. 398. verb. accepit obligatur &c.

OBJ. (1) *L. 1 §. 4. ff. h.* Ubi dicitur agi non poſſe ad intereſſe.

RESP. Ibi res aliena data eſt adeoque permutatio eſt ipſo jure nulla.

OBJ. (2) *L. 7. C. h.* Ubi dans poteſt condicere, adeoque accipiens non obligatur ad implendum.

RESP. In arbitrio dantis eſt, an condicere, vel præſcriptis verbis agere ad implendum velit, adeoque concurrunt hæ actiones.

OBJ. (3) *L. 5 ſ. 3 Cond. cauſ. dat.* Ubi ille qui accepit ut ſervum manumittat, non tenetur ad intereſſe.

RESP. Ibi juſta cauſa eſt non manumittendi, ob fugam ſervi, inde alter recipit rem.

Qv. XI. *An actio præſcriptis verbis ex permutatione etiam ad rem datam repetendam competat?*

NEGATUR: Quia illa actio datur ad implendum contractum. Conf. *L. 5. §. 1. ff. P. V.* ibi: *non ut reddas quod acceperis.*

Laut. pag. 398. in fin. verb. Non etiam.

OBJ. *L. 4. C. h.* ibi: *præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur.*

RESP. Non utrumque hac actione præscriptis verbis petit, sed *illud* præscriptis verbis, *hoc* vero condictione causa data non secuta, uti id quoque explicatur in *d. l. 5. ff. 1.* ubi dans id quod interest petit actione præscriptis verbis, rem suam vero, si eam recipere velit, condicit: Conf. *L. 1. ff. 4. h.*

QV. XII. *An in permutatione, si res perierit absque dolo vel culpa levi debitoris, ille, qui primum dedit, rem suam condicere possit, tanquam causa non secuta?*

Laut. pag. 398. verb. Nisi res perierit &c.

Agitur hic de conciliatione antinomiæ, quæ inter *L. 5. §. 1. de P. V.* & *L. fin. de Cond. caus. dat. &c.* intercedere videtur: in *priori* enim periculum dantis, in *posteriori* periculum accipientis esse dicitur, in *illa* liberatur accipiens Stichi interitu, in *hac* contra. Autoris sententia hæc est: Dantem agere posse ad rem promissam, licet res data perierit, *d. l. 5.* At aliud esse, si res data pereat absque dolo & culpa debitoris; tunc enim putat liberari debitorem ita ut nec actio præscriptis verbis contra eum detur, & de eo casu intelligit dictam *leg. fin.*

Nos distinguimus, an res data perierit, an vero illa, quæ ab altero *promissa* est: *Illo* casu dabitur adhuc actio præscriptis verbis, *L. 5. §. 1. h.* Quia per hanc petitur res promissa, quæ adhuc exstat:. verum res data condici non potest; quia ea periit indeque repeti non potest, de quo est *L. f. Cond. caus. dat.* At si res *promissa* perit, tota res invertitur; nam tunc actio præscriptis verbis non datur, quia frustra ageret ad implendum, cum res promissa amplius non exstet, sed sola dabitur condictio, quia res data non periit, quæ proinde condici potest.

Apparet ergo, actionem de præscriptis verbis contra *accipientem* dari, licet absque ejus culpa res data perierit, & in eo fallere communiter Doctores: neque in dicta lege finali agi de re data, sed de re promissa, quæ si perit, frustra ad illam petendam ageretur. Conf. *B. Par. Disp. de Jur. pœnit. Sect. 4. §. 5. & 6.*

QV. XIII. *An* L. 2. C. de rescindenda venditione, *etiam locum habeat in permutatione?*

Laut. pag. 399. verb. Si alteruter læsus &c.

AFFIRM. Nam dicta lex 2. indubie in emtione locum habet, permutatio autem dicitur mater & vicina emtionis, *L. 1. ff. de Contr. Emt. L. 2. ff. de permut.*

OBJ. Quod Lex 2. sit nova & correctoria adeoque præter emtionem ad alia negotia extendi non debeat.

RESP. (1) Non est nova, uti plenius hoc declaravi *supra tit. de rescind. vend. q. 16.* (2) Eadem est ratio. (3) Permutatio est similis emtioni ejusque mater dicitur, *d. l. 1.*

LIB. XIX.

LIB. XIX. TIT. V.

DE PRÆSCRIPTIS VERBIS ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

Qv. I. *Unde originem habeant actiones de præscriptis verbis & in factum? Ac quid proprie sint?*

RESP. Naturali jure nulla certa nomina actionum exstant, sed hæ ex negotii descriptione & facti narratione, indeque juxta præscripta conventionis verba instituebantur: & a JCtis in factum actiones nominantur, quia partes rei gestæ enarratione obligationem declarant: *Rubr. ff. h. ibique Gothofr.*

Equidem JCti Romani & Gentes plurimis negotiis proprium dedere nomen. *§. 2. de J. N. G. & Civ. L. 7. §. 1. & 2. de Pact. L. 1. §. 2. de permut.* Non tamen possibile fuit singula negotia certo designare nomine, cum natura rerum conditum sit, ut plura sint negotia quam vocabula. *L. 4. ff. de P. V.* Adeoque mansit actionum ille usus naturalis: (1) In negotiis ubi proprium nomen invenire non possumus, & ubi appellationes jure civili proditæ non sunt. *L. 1. pr. L. 2. L. 3. de P. V.* (2) Quoties dubitaretur quale sit negotium, cum ad varia referri possit, tunc enim ut evitentur controversiæ de nominibus actionum, actio hæc præscriptis verbis datur. *L. 1. pr. de æstimat. Conf. Goth. ad rubr. h.*

Bene autem hic notandum est, has actiones de præscriptis verbis aliquando certa qualitate augeri, quæ naturam illarum actionum quodammodo immutat. Accidit id in duobus casibus: (1) Quando res datur æstimata ea lege ut vendatur &c. *tot. tit. de æstimatoria.* (2) Quando res pro alia permutatur: *tot. tit. de permutat.* Utroque casu singularia quædam introducta sunt: Nam si præscriptis verbis de æstimato, vel de permutatione agatur, erit bonæ fidei. *L. 1. pr. de æstimat. L. 2. ff. de permut.* Sed & porro si de æstimato agitur, periculum pertinet ad eum, qui æstimationem suscepit. *L. 1. §. 1. de æstimat.* Vide *supra tit. de æstimat. q. 2. & 8.* posteriori casu res sana & non vitiosa præstari debet. *L. 2. ff. de permut.* ut alia jam taceam. Atque hæc ratio, cur de æstimatoria, & de permutatione, separatis titulis agatur: quia scilicet sunt quidem veræ actiones de præscriptis verbis, sed cum qualitate æstimatoriæ. *d. l. 1. pr.* ibi: *dandum æstimatoriam præscriptis verbis actionem ff. de æstimat.* vel de permutatione, *arg. §. 28.* ibi: *præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit: Inst. de Act. arg. rubr. C. de permutatione & præscriptis verbis:* Causa, cur in duobus illis negotiis singularia illa recepta sint, hæc videtur, quod re æstimato data sit mandati vel locationis species, *L. 1. pr. h* indeque assumit illud negotium naturam contractus nominati cui assimilatur. *L. 5. §. 4. de præscriptis verbis.* Idem quoque de permutatione dicendum, quæ est species emtionis,

nis, unde mater & vicina emtionis afferitur in *L. 1. ff. de Contr. Emt. L. 2. ff. de permut. §. 2. Inst. Locat.*

Laut. pag. 399. verb. Hinc etiam differt.

QV. II. *Quomodo differat permutatio ab articulo do ut des?*

RESP. Plane non differunt hæc negotia, sed in omnibus conveniunt. Vide *tit. præced. q. 9.*

QV. III. *Si quis dedit rem alienam & alter ex sua parte factum implet, an valeat tanquam contractus* do ut facias?

Laut. pag. 399. verb. & quidem tanquam articulum &c.

NEGATUR: Sed tanquam *facio ut des*; nam cum datio nulla fuerit, obligatio incepit a facto, & cum hoc infectum fieri non possit, agitur contra alterum ut vicissim rem det.

OBJ. Quod contractus æstimetur ex eo, quod ex principio actum est, non quod per accidens sequitur, *L. 8. pr. Mand. L. 1. §. 13. depos. L. 12. ad SC. Mac.*

RESP. Agitur ibi de casibus, ubi certum negotium constitutum eique certa forma jam data est: hoc manet, etsi forte aliud negotium superveniat. Vide *supra tit. de Neg. gest. q. 5.* Verum hic nondum est forma negotii constituta, neque enim ex datione illud valere potest, utpote quæ nulla est; omnis ergo obligatio hic incipit ex facto, & hac forma negotii semel constituta, illa ex eo demum nomen habere potest.

Laut. pag. 400. verb. Ita ut actor non factum &c.

QV. IV. *An factum promittens præcise illud præstare debeat?*

NEGATUR: Sed id quod interest, & in obligatione. Vid. *tit. de Pact. q. 42.*

Laut. pag. 400. verb. Antequam factum præstetur &c.

QV. V. *An dans pœnitere possit?*

AFFIRMATUR: De quo plenius *sup. tit. de permut. q. 8.*

QV. VI. *An ex articulo* do ut des, vel facias, *& ex articulo* facio ut des &c. *competat actio præscriptis verbis?*

Laut. pag. 400. verb. Ex hoc articulo &c.

RESP. Equidem ex contractibus innominatis omnibus datur actio præscriptis verbis ad id, quod promissum est præstandum. Cum sint veri contractus, ex quibus jure Gentium & Civili omnino obligatio oritur, *L. 7. pr. & §. 2. Pact.*

At quidam casus excipiuntur: Nam (I) in contractu *do ut des*, si dedi rem alienam *sciens*, non agitur præscriptis verbis, *l. 5. §. 2. P. V.* quia dolus non potest vindicari ex negotio stricti juris, quale hic est. Vid. *Lauterb. p. 79.* Unde deficiente actione ex contractu, subsidiaria doli datur. *d. l. 5.* Secus si dem rem alienam *ignorans*, (de quo est *L. 7. §. 2. de Pact.*) tunc enim non quæritur de dolo, proinde actio prætoria in factum locum habere non potest; utpote quæ tantum ad coërcendum dolum introducta est: Sed dabitur actio civilis, sive præscriptis verbis ad id quod interest rem alienam datam non esse. *L. 5. §. 2. P. V.*

Sed dubium adhuc superesse videtur: quod *Ulpianus* in *d. l. 7. §. 2.* afferat Julianum recte a Mauritiano in eo esse reprehensum, quod ille promiscue actionem

nem in factum prætoriam, sive doli, contra eum, qui rem alienam dedit, concesserit: Cum tamen sententia Juliani non ea fuerit, utpote qui contra dantem non promiscue, sed tantum si *sciens* dederit, actionem doli, si *ignorans* actionem præscriptis verbis concedit, per *text. expr. in l. 5. §. 2. h.*

Verum de eo casu, ubi *ignorans* dat rem alienam, nunquam asseruit Julianus actionem in factum prætoriam de dolo dari debere, nam directo contrarium apparet ex *l. 5. §. 2. h.* Ubi tantum, si *sciens* dederit rem alienam, de dolo contra eum agi Julianus scribit. In eo ergo non reprehenditur a Mauritiano: Sed hæc quæstio ventilabatur inter Julianum & Mauritianum, an eo casu, ubi *ignorans* dat rem alienam, actio in factum prætoria (non quæ ex dolo, sed ex æquitate est), an vero actio præscriptis verbis detur? Ille putavit, hunc casum lege non esse expressum, & sic, quia legi aliquid deest, prætorem illud supplere, & in factum actionem dare debere, juxta *l. 11. ff. de Præscriptis verbis.* Sed merito reprehenditur a Mauritiano, qui actionem præscriptis verbis sufficere ait *d. l. 7.* Adeoque Julianus in *d. l. 7.* non loquitur de in factum actione pretoria ex dolo, quasi illa detur contra eum, qui bona fide rem alienam *ignoras* dedit; sed loquitur ille de subsidiaria in factum actione, qua prætor supplere solet illud quod legi deest, juxta *d. l. 11.*

INSTO, Quod nec in hoc casu Juliani sententia fuerit, actionem in factum prætoriam dari, cum diserte dicatur in *L. 5. §. 1. Si sciens dedi de dolo in me dandam actionem Julianum scribere, si ignorans in factum civilem id est præscriptis verbis:*

REP. Bene notandum Juliani autoritatem tantum accedere priori articulo, & ultima verba non esse *Juliani*, sed *Pauli:* nam postquam *Paulus* præmisisset, *si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit*, tum de suo addit: *Si ignorans in factum civilem;* quod vel ex eo patet, quia autoritas *Juliani* saltem in priori membro citatur: Accedit quod ipse *Julianus* in posteriori casu actionem in factum a prætore concedendam statuat per *l. 7. §. 2. Pact.* indeque falsa esset imputatio.

Atque hac ratione jam tollitur duplex illa antinomia. (1) Quod videatur in *L. 5. §. P. V.* actio de dolo dari, contra eum qui rem alienam dat: cum e contrario in *L. 7. §. 2. Pact.* actio præscriptis verbis detur. (2) Quod in *L. 7.* affingi *Julio* videatur sententia, quæ tamen ejus non est, cum potius convenire cum Mauritiano videatur.

Alia (.) Exceptio est in contractu *facio ut des.* Ibi enim non agitur præscriptis verbis, si, dum feci, tu cesses dare, *d. l. 5. §. 3.* Quia tunc in mora est, unde tenetur de dolo ad omne id quod interest. *d. l. 5. §. 3.* Non enim actio præscriptis verbis datur, quia dolus hoc quoque casu non vindica-

tur actione ex ipso contractu, quia est stricti juris, *arg.* §. *28. Act.* At si non sit in mora, indeque dolus non arguatur, forte si culpa periit, & ideo dari non possit, vel si det alienam bona fide; tunc datur actio præscriptis verbis. *L. 15. de P. V.*

INSTO, Quod hæc conciliatio videatur divinatoria: utpote cum in *d. l. 5. §. 3.* indistincte dicatur, *nullam eo casu esse civilem actionem*, sive sciens, sive ignorans dare cesset: quod eo magis verum videtur, quia in §. 2. præcedenti ita distinxerat, hic vero id negligit.

RESP. Loqui *Paulum* de casu, ubi dolus arguitur; Idque patet (1) ex voce *cesses*, adeoque ubi per eum stat, & dum (2) dicitur de dolo dandam esse actionem, necessario supponitur dolose aliquid actum esse, dolumque argui. Atque ita (3) ex aliis textibus id suppleri debet. Ita autem res deciditur in *l. 15. P. V.* ubi in articulo facio ut des, si ego feci, & alter cesset dare, actio præscriptis verbis datur, nisi ubi dolus arguitur: tunc enim actionem de dolo dandam ait JCtus.

Varias conciliationes refert *Dn. Berger. h. quæst. 1.* Antinomiam statuit *Lauterb. p. 401. pr.* sed posito nostro principio omnis antinomia cessat.

COCCEJI
IUS CIVILI
CONTROVE

1

Müller. d. l. impensas vero interim a capiente factas dominus restituit. *Phil. d. Ecl. 18. n. 8.* ubi duo præjudicia.

NOT. (5) Pignori capiens præstat culpam levissimam. *l. 39. pr. junct. l. 44. L. Aquil.* Animal abire nolens potest interfici. *Phil. d. l. n. 7.* alios casus vide apud *Dn. Stryk. d. l. §. 16.*

NOT. (6) Male domini juris[...] vindicant. *Phil. d. Ecl. 63. n. 15.*

NOT. (7) Plura alia egregi[...] *d. l. Stryk. U. M. h. §. 15. & seq.*

NOT. (8) Non tantum ex ho[...] possessionem &c. pignoratio permit[...]

NOT. (9) Pignoranti resist[...] pœnam incurrit. *Stryk. d. l. §. 17.*

QV. III. *An actio de pauperi[...] motæ no[...]*

Laut. pag. 142. verb. Contra illum qui tempore actionis &c.

AFFIRM. Nam fundat hæc actio [...] do imputari potest, quod tale an[...] minio privatur; quod proinde fieri n[...] late *Struv. Ex. 14. th. 8.* Conf. *Phil. U*[...]

OBJ. Quod hæc actio sit per[...] non possit dari contra quemcumque[...]

RESP. Est personalis, at in [...] nemo potest noxæ dedere, nisi qui [...]

QV. IV. *An, qui dolo vel la[...] p[...]*

Laut. pag. 142. verb. Aut dolo talis esse desiit &c.

RESP. De dolo hoc indubium; d[...] & alii, sed tota res expedita est[...]

OBJ. (1) *arg. l. 12. l. 21. pr*[...]

RESP. Sub dolo continetur lat[...]

OBJ. (2) Quod in hac materia nullibi comparentur.

RESP. Comparantur sua natura. *d. q. 4.*

QV. V. *An obligatio in noxalibus actionibus sit alternativa?*

Laut. pag. 143. verb. Utrum reus elegerit.

NEG. Sed vi actionis actor agit saltem ad noxæ dedendum; at beneficio legis domino noxæ datur electio, num velit dedere, num æstimationem solvere; & sic æstimatio non est in obligatione, sed in præstatione; de quo, [...] *& 8.*

[...] I.

[...]UILIAM.

[...] *ejus hæredibus detur actio [...]ntorum neglectu?*

Laut. pag. 143. verb. Non datur si liber homo statim &c.

[...] dato, at de futuro seu infe[...] *& §. f. Inst. h. t.*

[...]tur hæreditas, quæ est dam[...]

[...]uæ potuit jussu domini adiri, [...]eglectum est, & jus quæsitum [...]mmodis, quæ a futuro even[...]

[...]fat quoque actio L. Aquiliæ, [...]ullum est damnum operarum [...]uicquam, post mortem pati[...]vatio, cum enim nihil in pa[...]est esse ademtum. Ergo &c.

[...]it, id ad hæredes non perti[...]um fuit, quia operæ adhuc [...]quarum dies nec cessit, nec

(4) Ob operas neglectas tantum agit, cujus sunt operæ, & qui neglexit. *L. 3. Si Quadr. paup. l. 5. §. 5. l. f. His qui ef.* Mortui autem nullæ sunt operæ.

(5) Tantum læsi, non occisi, operæ æstimantur, *dd. ll.*